Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen

nach altem und neuem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Ernst Otto Westphal
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Korreferent: Professor Dr. **Beyerle.**

Dahn, Prodekan.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Aufgabe.

A. Geschichtlicher Teil.

I. Entwicklung des römischen Bürgschaftsrechts bis zur fidejussio.

§ 2. 1. Verpflichtung des vas, praes, vindex . . 5

§ 3. 2. Sponsio und fidepromissio 6

§ 4. II. Das abgeschlossene römische und gemeine Bürgschaftsrecht (fidejussio) 8

§ 5. III. Das deutsche Recht 9

§ 6. IV. Das moderne Recht 11

B. Dogmatischer Teil.

I. Beneficium cedendarum actionum.

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 7. a) Grundgedanke und Entstehung . . . 12

b) Pflicht zur Klagenabtretung.

§ 8. aa) Voraussetzungen 14

§ 9. bb) Umfang 15

§ 10. cc) Geltendmachung 17

§ 11. 2. Deutsches und partikulares Recht . . . 20

§ 12. 3. Bürgerliches Recht: Übergang kraft Gesetzes auch bei dem Kreditauftrage 23

II. Beneficium excussionis seu ordinis.

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 13. a) Grundgedanke und Entstehung . . 28

§ 14. b) Pflicht zur Vorausklage 29

		Seite
§ 15.	2. Deutsches und partikulares Recht . . .	30
	3. Einrede der Vorausklage nach BGB.	
§ 16.	a) Juristische Konstruktion der Einrede .	33
§ 17.	b) Umfang der Verpflichtung des Gläubigers zur Vorausklage	35
	III. Verbürgung mehrerer.	
§ 18.	1. Das römisch- u. gemeinrechtliche beneficium divisionis	37
§ 19.	2. Deutsches und partikulares Recht, BGB. .	39
	IV. Diligenzpflicht des Gläubigers.	
	1. Römisches und gemeines Recht.	
§ 20.	a) Begründung derselben	40
§ 21.	b) Umfang	47
§ 22.	c) Provocatio ex lege si contendat .	49
§ 23.	2. Deutsches und partikulares Recht . . .	50
	3. Bürgerliches Recht.	
§ 24.	a) Besondere Diligenzpflicht	52
§ 25.	b) Keine allgemeine Diligenzpflicht . .	56

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl. Straßburg 1901.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 20, 2.

Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 28, 43, 77.

Baron, Pandekten. 7. Aufl. Leipzig 1890.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht. 2. Aufl. Breslau 1904.

Bendix, Der Kreditauftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 Heft 2.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. Erlangen 1886.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 2. Aufl. 1905.

v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. Leipzig 1904.

Cretschmar, Das rheinische Zivilrecht. 4. Aufl. Düsseldorf 1896.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen-Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Jena 1900.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 5. und 6. Aufl. 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1894.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. Halle 1898.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Lieferung. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1900

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. Aufl. Berlin 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. Breslau 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 3, 6, 10, 18.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 19, 20.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. München 1899.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 2. 5. Aufl. Berlin 1887.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.
v. **Gerber (Cosack)**, Deutsches Privatrecht. 7. Aufl. 1895.
Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. In v. Holtzendorffs Enzyklopädie 6. Aufl. 1904.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1850/51.
v. **Gosen**, Das Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrecht. Heidelberg 1866.
Glück, Pandekten. Bd. 3. Erlangen 1875.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 40.
Grueber, Einführung in die Rechtswissenschaft. In Birkmeyer, Enzyklopädie.
Hagemeister, Das beneficium cedendarum actionum. Greifswald 1893.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Stuttgart 1897.
Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.
Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885/86.
Hölder, Institutionen des römischen Rechts. 2. Aufl. 1883.
Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Basel 1886.
Heusler, Bürge und Selbstzahler. In Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 9. Basel 1861.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 26.
Jörs, Das römische Recht. In Birkmeyer, Enzyklopädie.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
Keil, Zur Lehre von dem Beneficium cedendarum actionum. Halle 1880.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1900.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 2. Buch 2. Berlin 1899.
Loersch u. **Schroeder**, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Bonn 1881.
Lenel, Edictum perpetuum. 1883.
Lehmann, Deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des deutschen Privatrechts. In Birkmeyer, Enzyklopädie.
Leonhard, Rudolf, Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1899.
Leonhard, Franz, Die Beweislast. Berlin 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1899.
Mode, Befreiung des Bürgen. Erlangen 1896.
Mugdan, Die gesamten Materialien des BGB. Bd. 2. Berlin 1899.
Müller, Lehrbuch der Institutionen. 1858.

Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1. Berlin 1899.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Platner, Die Bürgschaft. Eine germanische Abhandlung. Leipzig 1857.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1900.
Puchta, Pandekten. 11. Aufl. 1872.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht. Bd. 2. Berlin 1894.
Ribbentrop, Zur Lehre von der Korrealobligation. 1831.
Rittgen, Der Entwurf in 2. Lesung. In Gruchot Bd. 40 S. 127 ff.
Samhaber, Zur Lehre von der Korrealobligation. 1864.
v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. 1851.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schrader, Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde. Straßburg 1901.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Leipzig 1902.
Seufferts Archiv. Bd. 22.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Sintenis, Zivilrecht. Bd. 2. 3. Aufl. 1868.
Sohm, Institutionen. 8. und 9. Aufl. 1899.
Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 2. München 1901.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1898.
Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.
Staub, Kommentar zum HGB. Bd. 2. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung. 4. Aufl. Berlin 1901.
Thibaut, De fidjussore ob neglegentiam creditoris liberato. Heidelberg 1829.
Triebs, Studien zur lex Dei. Freiburg 1905.
Unterholzner, Schuldverhältnisse. Bd. 2. 1840.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 6. Aufl. Marburg 1863.
Voigt, Die zwölf Tafeln. Bd. 2. 1883.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zachariae-Crome, Französisches Zivilrecht. Bd. 2. 8. Aufl. 1894.

§ 1.

Einleitung.

Nach der Legaldefinition des § 765 BGB. ist die Bürgschaft der Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

Diese Verpflichtung kann der Bürge mit oder ohne den Willen des Schuldners übernehmen, er kann es tun in erster Linie dem Gläubiger zuliebe, um dessen Rechte zu stärken, aber auch in erster Linie im Interesse des Hauptschuldners, um diesem zum Kredit zu verhelfen. Auch im letzteren Falle handelt der Bürge jedoch nur zum Vorteile des Gläubigers und veranlaßt dadurch den Gläubiger zur Kreditgewährung an den Hauptschuldner. Also nur zu des Gläubigers Sicherheit, nur zu des Gläubigers Vorteil ist der Bürge eine Verpflichtung eingegangen, die ihm *wirtschaftlich eine fremde* ist.

Daher bezeichnet das Gesetz von vornherein als Verpflichteten den Bürgen, den Gläubiger nur als Berechtigten.

Da aber ein, im römischen Rechte erst sehr spät, durch die Novelle 4 vom Jahre 535 nach Christi Geburt, bis zu welcher er schon lange als moralischer gegolten haben mag, zum gesetzlichen Ausdruck gelangter Hauptgedanke des Rechtsinstituts der ist, daß der Bürge nur dann und nur insoweit aus der von ihm übernommenen Verbindlichkeit haftbar gemacht werden soll, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner

als dem ursprünglich allein Verpflichteten Befriedigung nicht erlangen kann, darf der Bürge nicht der Willkür des Gläubigers ausgesetzt sein. Deshalb bietet das Recht dem Bürgen Schutz gegen allzu rücksichtslose Inanspruchnahme durch den Gläubiger.

Bei der rechtsgeschichtlichen Entstehung und Entwicklung dieser Schutzmittel sind zwei Gedanken maßgebend gewesen. Auf der einen Seite sollten sie den Gläubiger in seinen Rechten nicht beeinträchtigen, ihm seine, durch die Bürgschaftsübernahme durch den Bürgen eben erst erlangte Sicherheit nicht entziehen oder wertlos, illusorisch machen; auf der anderen Seite sollten sie den Bürgen in seiner Rechtsstellung gegenüber dem Gläubiger stärken, ihm möglichste Schonung von seiten des Gläubigers sichern.

Deshalb ist es nicht auffallend, daß diese Sicherungsmittel trotz ihrer Anfangsrichtung gegen den Gläubiger in ihrem Endresultate sich doch wiederum gegen den Hauptschuldner oder eventuelle Mitbürgen richten. Dies entspricht sowohl dem ganzen Wesen, vor allem Zweck der Bürgschaft, wie der Billigkeit, denn es handelt sich ja in letzter Linie um eine Schuld des Hauptschuldners, nicht um eine des Bürgen.

Es soll nun untersucht werden, ob und eventuell inwieweit aus den oben gekennzeichneten Schutzmaßregeln Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber den Bürgen erwachsen.

Hierbei bedarf es der Festlegung des Begriffes „Verpflichtung".

Verpflichtungen finden wir nicht nur auf dem Gebiete des Rechts, sondern auch im Bereiche der Sitte, Moral, Religion. Überall enthält die Verpflichtung einen Druck auf den Willen des Menschen, er soll gebunden, gehalten sein, etwas zu tun oder zu unterlassen.

Diese Gebundenheit ist auf dem Gebiete der Sitte, Moral, Religion wesentlich schwächer, wie auf dem Gebiete des Rechtes; der moralischen, sittlichen, religiösen Verpflichtung fehlt die Erzwingbarkeit, ihre Erfüllung ist wesentlich abhängig von dem Gewissen des einzelnen.[1])

Dagegen ist die durch die rechtliche Verpflichtung beabsichtigte Willenseinwirkung verstärkt durch die Androhung von Rechtsnachteilen; denn das Recht hat die Tendenz der Erzwingbarkeit[2]): Verpflichtet sein heißt also zu einer Handlung oder Unterlassung gebunden sein bei Vermeidung von Rechtsnachteilen.

Je nach der Schwere und den Voraussetzungen des Eintritts des angedrohten Rechtsnachteils, dem Verhältnisse des Willens des Gebundenen dazu und der Art der Erzwingung des Inhaltes der Gebundenheit sind zwei Arten von Verpflichtungen zu unterscheiden, eine stärkere und eine schwächere.

Zwei Beispiele mögen hier zur Erläuterung dienen:

1. Der Schuldner hat das erhaltene Darlehen zurückzuzahlen im Regelfall, wenn der Gläubiger es verlangt, ob er will oder nicht. Sein Wille ist für die Befolgung der durch die Hinnahme des Darlehns übernommenen Rechtspflicht der Rückgabe und damit für den Eintritt des angedrohten Rechtsnachteils belanglos. Kommt er nicht nach, so tritt ein direkt auf die Herbeiführung des Inhaltes der Verpflichtung — der Rückzahlung des Darlehens — gerichteter normaler Apparat (Klage auf Leistung, Verurteilung, Zwangsvollstreckung) in Tätigkeit. Eine derartige Verpflichtung nennt man deshalb eine direkte.

---

[1]) Grueber in Birkmeyer S. 19.

[2]) Manchen rechtlichen Verpflichtungen, z. B. Pflichten des Monarchen, völkerrechtlichen Verbindlichkeiten fehlt sie auch; immerhin sind dies Ausnahmen.

2. Nach stets anerkanntem Rechtssatz hängt die Fälligkeit des Darlehens von der Kündigung des Gläubigers ab. Da aber der Gläubiger sein Darlehen nur nach Fälligkeit zurückverlangen kann, hat er dem Schuldner das Darlehen zu kündigen, falls er mit seiner condictio mutui nicht abgewiesen werden will. Unterläßt er die Kündigung, so treten die Rechtsnachteile der Unzulässigkeit der Zurückforderung oder der Klageabweisung ohne seinen Willen ein. Die Kündigung selbst hängt aber einzig und allein von seinem Willen ab. Niemand kann ihn dazu zwingen, er kann ja auf Rücknahme verzichten wollen. Also auch in diesem Falle besteht eine Gebundenheit, aber eine minder starke als die eben gekennzeichnete. Hier ist der Wille des Schuldners für die Befolgung der Rechtspflicht und somit für den Eintritt der Rechtsnachteile von Bedeutung. Hier besteht im Gegensatz zum Falle 1 weder ein Leistensollen, noch eine Forderung auf Leistung, und daher fällt auch der erwähnte Apparat zur Durchführung der Leistungspflicht bezw. des Forderungsrechts hinweg. Aber an die Nichtbefolgung der Gebundenheit sind Nachteile, für das freiwillige Nachkommen Vorteile geknüpft, womit indirekt auf Vornahme der Handlung hingewirkt werden soll. Derartige Verpflichtungen nennt man daher indirekte.[3])

Die Frage nach Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ist also identisch mit der Frage: Was muß der Gläubiger im Verhältnis zum Bürgen tun, ob er will oder nicht (direkte Verpflichtungen), und was soll er tun, wenn er sich an den Bürgen halten will (indirekte Verpflichtungen)?

---

[3]) vgl. v. Buchka S. 1 und 2.

A. Geschichtlicher Teil.

I. Entwicklung des römischen Bürgschaftsrechts bis zur fidejussio.

§ 2.

1. Verpflichtung des vas, praes, vindex.

Im ältesten römischen Recht dienen als Personen, die für die Verbindlichkeiten eines anderen eintreten, der vas, der vindex und der praes. Letzterer gehört dem öffentlichen Recht an: er verpfändet sein Grundstück zur Sicherung von Verträgen zwischen Stadtgemeinde und Dritten (Gajus II, 61).

Das Wenige, was wir über den vas und vindex wissen, finden wir bei Gajus im vierten Buche seiner Institutionen; dort wird berichtet, daß der vindex den Streit für den in jus vocatus auf sich nahm, während der vas und subvas sich für das Versprechen des Beklagten, im zweiten Termine von selbst zu erscheinen, verbürgten. Die Bedeutung von vas und vindex liegt also im altrömischen Zivilprozeß.[1]) Dieser Umstand, sowie die Erwähnung beider durch Gajus gerade in seiner Darstellung des römischen Zivilprozesses sind Beweise dafür, daß der Ursprung der römischen Bürgschaft in der Eigenart des ältesten Prozesses zu suchen ist.

---

[1]) vgl. hierzu Leonhard S. 412—506 Anm. 3, S. 507; Voigt S. 420 ff.; Czhylarz S. 181; Karlowa S. 54 ff.; Hölder S. 199, 3; Geib S. 9; über vindex speziell Schrader S. 223 ff. u. Triebs S. 21 ff

Dies berechtigt zu der Annahme, daß bei der Strenge des jus Quiritium und seines förmlichen mit solennisierter Selbsthilfe ausgestatteten Prozesses der vas und vindex bei Unfolgsamkeit des Schuldners selbst als obligatus, als Pfandobjekt betrachtet wurden. Als solches waren sie der Willkür des Gläubigers ausgesetzt, dem nur durch die Sitte, nicht aber durch das Recht Schranken gezogen waren.

Verpflichtungen dem Bürgen dieser Periode gegenüber hat der Gläubiger jedenfalls nicht gehabt.

§ 3.

2. Sponsio und fidepromissio.

Von den vom klassischen Recht ausgebildeten Verbürgungsformen sind, weil nur von geringem Einfluß auf die endgültigen Gestaltungen, und im Justinianischen Recht verschwunden, vorweg zu nehmen die sponsio und fidepromissio.

Auf der einen Seite sind sie als Stipulationen (idem dare spondes? — promittis?) stricti juris und noch nicht zur Ausbildung der akzessorischen Natur der Verpflichtung gelangt. Sie haben die Sicherheit des Gläubigers derart im Auge, daß sie zuweilen selbst bei Ungültigkeit der Hauptschuld rechtsbeständig sind. Mit einer derartigen Bevorzugung des Gläubigers wäre eine Belastung desselben mit Verpflichtungen dem sponsor oder promittens gegenüber unvereinbar.

Und doch steht hier der Gläubiger nicht mehr so als unbeschränkter Herr da, wie dem vas und vindex gegenüber.

Die sponsio, als die ältere von beiden war ihres sakralen Ursprungs,[1]) der übrigens nicht zweifellos ist, wegen ursprünglich nur moralisch verpflichtend. Später wurde sie auch mit recht-

[1]) vgl. Sohm S. 372,3; 62,14; Girtanner S. 10.

licher Verbindlichkeit bekleidet. Aber ganz hat sie nach Cicero ad attic. XII, 15, 20 ihren sakralen Charakter nicht verloren. Die Ausklagung des Bürgen vor dem Hauptschuldner gilt als eine Beleidigung desselben und zugleich dem Bürgen gegenüber für unanständig. Der Gläubiger soll sich also erst an den Hauptschuldner halten.[2]) Diese Verbindlichkeit ist aber keine rechtliche, sie ist nur eine moralische.

Der fidepromissio fehlt die sakrale Natur und damit die erwähnte moralische Verpflichtung; denn sie war stets rechtlich bindend.

Für beide Stipulationen gelten mehrere bei Gajus III, 115, 118—121 aufgezählte Gesetze, von denen nur die lex Cicereja[3]) (Creperea, Pompeja?) für die Aufgabe in Betracht kommt.

Diese lex legt dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber die Pflicht zum praedicere auf. Der für eine schon bestehende Schuld eintretende Bürge kann von dem Gläubiger eine Erklärung über die Schuld verlangen. Der Gläubiger muß ihm palam (id est coram pluribus: Dig. L. 16 Fr. 33) praedicere, wie hoch, wie beschaffen usw. die Schuld ist, und ob, und wie viele Mitinterzedenten dafür vorhanden sind. Auf die Befolgung dieser Verpflichtung durch den Gläubiger hat der Bürge allerdings keinen actio. Der Gläubiger kann diese Auskunft erteilen oder verweigern, ganz nach seinem Belieben. In letzterem Falle kann aber der Bürge ein Präjudiz fordern, das, wenn es das Fehlen der Prädikation feststellt, Befreiung des Bürgen zur Folge hat.[4]) Will also der Gläubiger den Bürgen behalten, so hat er ihm zu „praedicere", er ist also indirekt dazu verpflichtet.

---

[2]) Pernice in Zeitschr. der Savignystiftung S. 126.

[3]) Lenel, Edictum perpetuum S. 168.

[4]) Hasenbalg S. 19; Mode S. 2; Girtanner S. 19 ff.

§ 4.

II. Das abgeschlossene römische und gemeine Bürgschaftsrecht (fidejussio).

Über das eben erwähnte Gesetz sagt Gajus: Sed in usu est, etiam, si fidejussores accipiamus, praedicere, womit er dessen gewohnheitsmäßige Ausdehnung auf die fidejussio zum Ausdrucke bringt. Während die bisher erwähnten Verbürgungsarten in der Rechtsgeschichte bald verschwinden, tritt die fidejussio als jüngste Schwester der sponsio und fidepromissio aus der Familie der Stipulationen in den Mittelpunkt des gesamten römischen und gemeinen Bürgschaftsrechts. Ihre Lebenskraft verdankt sie der Ausbildung der Verpflichtung des fidejussor zur akzessorischen.[1]) An ihr haben sich die unten zu behandelnden Sätze ausgebildet.

Daneben treten noch lange vor Justinian das aus dem receptum argentarii hervorgegangene, dieses aber verdrängende (Cod. IV, 8, 12) constitutum debiti alieni und das mandatum qualificatum.

So verschieden diese drei im Justinianischen Rechte vorhandenen Bürgschaftsformen hinsichtlich ihrer rechtlichen Konstruktion sind[2]) — Stipulation, Mandat, pactum praetorium —, so werden doch die aus diesen Interzessionen entspringenden Verpflichtungen in vielen, und gerade den in Betracht kommenden Beziehungen ganz analog behandelt.[3])

Es soll deshalb unter Übergehung der gemeinrechtlichen Streitfrage, ob es für das moderne Recht noch eine Unterscheidung von fidejussio, mandatum qualificatum und constitutum debiti[4]) oder nur ein einheitliches Bürgschafts-

---

[1]) Mode S. 2; Girtanner S. 19 ff.

[2]) Müller S. 477.

[3]) Glück III S. 410 u. 411.

[4]) Samhaber S. 172 ff.; Brinz S. 202; Windscheid S. 1011.

recht[5]) gebe, der folgenden Darstellung, soweit sie Justinianisches und gemeines Recht betrifft, die fidejussio zugrunde gelegt, und nur da, wo besondere Behandlung dazu zwingt, die beiden anderen Rechtsinstitute herangezogen werden.

Gemeinsam sind allen drei Bürgschaftsgeschäften namentlich drei Rechtswohltaten, die darauf zu untersuchen sind, ob mit ihnen Verpflichtungen für den Gläubiger dem Bürgen gegenüber verbunden sind: Die beneficia cedendarum actionum, divisionis und excussionis.

§ 5.

III. Das deutsche Recht.

Um die Bedeutung des Rechtsinstituts der Bürgschaft für das altdeutsche Recht zum Verständnis zu bringen, ist zunächst auf eine der Grundideen des germanischen Obligationenrechts näher einzugehen.

Während im römischen Obligationenrecht stets ein juris vinculum, eine Verpflichtung zur Leistung vorhanden war, fehlte eine solche Verpflichtung, eine solche Haftung des Schuldners dem alten deutschen Recht völlig. Diese, dem modernen Juristen fast unverständliche Erscheinung, ist daraus zu erklären,[1]) daß das älteste Recht nur Bargeschäfte mit unmittelbarer, gegenwärtiger Erfüllung kannte. Ursprünglich fehlte also der obligatorische Vertrag überhaupt. Konnte aber in einem Falle die sofortige Erfüllung nicht erfolgen, so gab der Schuldner dem Gläubiger eine provisorische Ersatzleistung, ein wadium, um dieses später gegen die eigentlich beabsichtigte Leistung umzutauschen. Diese Ersatzleistung war entweder eine Sache, die dem Vertragsgegner übereignet wurde, oder ein Geisel, Bürge.

---

[5]) RG. X, 186 und teilweise Arndts § 353 Anm. 3.

[1]) Stobbe-Lehmann S. 109.

Diese Bürgschaft ist aber eine andere als die des römischen und modernen Rechts, als der Bürge das Einzige war, woran der Gläubiger sich halten konnte, also der im römischen und modernen Recht so scharf hervorgehobene akzessorische Charakter der Bürgschaft wegfiel. Eine andere Eigentümlichkeit zeigte sich ferner darin, daß der Schuldner, der keinen Bürgen zn stellen vermochte, sich für seine eigene Schuld selbst verbürgen konnte und dadurch erst dem Gläubiger haftbar wurde.[2])

Ursprünglich diente also die Bürgschaft nicht der Sicherung einer Verpflichtung, sondern ihrer Begründung.

Gerade bezüglich der Stellung des Bürgen dieser Zeit kommt der Realkredit als Grundlage des deutschen Verkehrslebens im Gegensatze zum römischen Personalkredit zur Geltung. Das wadium war ursprünglich eine Sache von Wert. Später trat neben sie der freie Mann als Wertobjekt, insofern, als seine Arbeitskraft, sein Tauschwert als Knecht für den Gläubiger Bedeutung hatten. Der Bürge ist selbst wadium, Pfand, Sache. Dafür spricht die so häufig in den Quellen bei der Stellung von Pfändern und Bürgen gleichmäßig gebrauchten Ausdrücke „Stellen, Setzen".[3]) Analog dem verwetteten Pfand verfiel auch der Bürge bei Schuldverzug dem Gläubiger zu Eigen. Dieser mochte seine Arbeitskraft ausnutzen, oder ihn gleich einem Friedlosen behandeln der seiner Rache verfallen war, er mochte ihn töten, mißhandeln, verstümmeln.[4])

Dieser Stellung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber als Sache entspricht es, daß er keine Rechte, der Gläubiger ihm gegenüber keine Verpflichtungen hat.

Die Form dieser Bürgensetzung war die Wadiation, ein

---

[2]) Brunner S. 192.

[3]) Platner S. 28.

[4]) v. Amira S. 134; Schröder S. 290.

streng formeller Akt unter Benutzung eines Grashalmes oder Stabes. Mit der Verflüchtigung dieser zu einem reinen Formalvertrage ist die Verpflichtung des Bürgen mit und neben dem Schuldner das eigentliche Wesen der Bürgschaft geworden. Aus dem Eintreten des Bürgen an des Schuldners Statt hat sich eine Mitverpflichtung des Bürgen neben dem Schuldner entwickelt.[5]) Das fortgeschrittenere deutsche Recht kennt also auch die akzessorische Bürgschaft des römischen und modernen Rechts.

Eine besondere Art der akzessorischen Bürgschaft, das Einlager,[6]) kann hier ebenso übergangen werden, wie die Bedeutung der Bürgschaft überhaupt für den Prozeß, besonders den altgermanischen Strafprozeß.

§ 6.

IV. Das moderne Recht.

Die partikularrechtlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts kennen nur eine Form der Bürgschaft, die der gemeinrechtlichen fidejussio entsprechende akzessorische. Daneben lassen sie verschiedentlich Personen wie Bürgen haften. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch der Kreditauftrag zu beurteilen. Auf dem gleichen Standpunkte steht das BGB. (§§ 765 und 778). Da im wesentlichen das jetzt gültige Recht von denselben Grundgedanken beherrscht wird, wie das frühere, sollen den einzelnen römisch-gemeinrechtlichen Sätzen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergesetzt werden. Die Verbindung ist durch die deutsch-partikularrechtliche Behandlung gegeben.

---

[5]) Heusler II S. 251.

[6]) Stobbe, Vertragsrecht S. 178 ff.; Schröder S. 732.

B. Dogmatischer Teil.

I. Beneficium cedendarum actionum.

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 7.

a) Grundgedanke und Entstehung.

Wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird er in den meisten Fällen, d. h. wenn er die Schuld nicht donandi animo beglichen hat, die Absicht haben, das an den Gläubiger Geleistete vom Hauptschuldner wiederzuerhalten; denn wenn er auch durch Leistung an den Gläubiger sich von seiner eigenen Bürgschaftsverbindlichkeit befreit, ist doch die durch ihn getilgte Schuld eine Schuld des Hauptschuldners.

Diesem Bedürfnis ist das positive Recht nicht immer in gleicher Weise nachgekommen. Für die sponsio und fidepromissio bestand nach der lex Publilia (Gajus IV, 22) eine direkt gegen den Schuldner gerichtete Regreßklage, die actio depensi.[1]) Mit dem Verschwinden dieser Rechtsinstitute verschwand auch die für sie bestimmte actio.

Nach einem zwischen Bürgen und Schuldner etwa bestehenden Auftrags- oder auftragsähnlichen Verhältnis kann der Bürge gegen den Schuldner eine actio mandati (Dig. XIII, 1 fr. 6 § 2) oder negotiorum gestorum (Dig. h. t.

---

[1]) Girtanner S. 15; Leonhard S. 112.

1, 20 § 1) contraria haben; mit ihnen erlangt er Ersatz seiner Auslagen, die in diesem Falle durch das an den Gläubiger Gezahlte dargestellt werden. Hat der Bürge aber die Bürgschaft ohne oder gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen, so versagen diese Rechtsbehelfe.

Für diesen Fall bietet das mandatum qualificatum einen Ausweg, indem es dem Bürgen ein Mittel gibt, zwar nicht direkt gegen den Schuldner, sondern indirekt durch den Gläubiger gegen den Schuldner vorzugehen.[2])

Das mandatum qualificatum ist, wie der Name schon sagt, eine besondere Art von Auftrag, also ein zweiseitiger Vertrag, und zwar ein contractus bilateralis inaequalis: Der mandator (Bürge) beauftragt den mandatarius (Gläubiger), einem Dritten (Hauptschuldner) Kredit zu gewähren. Nimmt der mandatarius den Auftrag an, so ist er verpflichtet, dem Dritten den Kredit zu gewähren. Wie nun einerseits der mandatarius gegen den mandator die actio mandati contraria hat, daß dieser ihm jeden aus der Annahme des Mandates entstandenen Schaden ersetze, also vor allem die Schuld begleiche, falls der Dritte es nicht tut, so hat andererseits der mandator nach Ausführung des Auftrages und Befriedigung des mandatarius, die actio mandati directa gegen den mandatarius. Diese geht auf Herausgabe des durch Annahme und Ausführung des Auftrages Erlangten. Letzteres ist aber weiter nichts als die Klage gegen den Hauptschuldner auf Erfüllung seiner Schuld. Diese Klage hat also der Gläubiger dem Bürgen abzutreten, womit dem Bürgen ein Mittel gegeben ist, für das an den Gläubiger Geleistete Ersatz vom Hauptschuldner zu erlangen.

Dagegen begründet die fidejussio als einseitiger Vertrag für den Gläubiger nur Rechte. Eine Verpflichtung

---

[2]) Hagemeister S. 11.

des Gläubigers zur Klagezession kann daher aus ihrer rechtlichen Konstruktion nicht hergeleitet werden. Aber ausgehend von der der Billigkeit entsprechenden Überlegung, daß nach Befriedigung des Gläubigers diesem seine Klage gegen den Schuldner nichts mehr nütze, während sie für den Bürgen noch sehr wertvoll sei, dehnte man die Verpflichtung zur Klagezession vom mandatum qualificatum auf die fidejussio aus, erst gewohnheitsrechtlich für den Fall der Verbürgung mehrerer, dann gesetzlich (Dig. XLVI, 1 fr. 36) auf die fidejussio überhaupt. Deshalb spricht man von einem beneficium cedendarum actionum.

b) Pflicht zur Klageabtretung.

§ 8.

aa) Voraussetzungen.

Diese im Justinianischen Rechte bestehende Verpflichtung des Gläubigers zur Klagenzession ist nun näher zu kennzeichnen.

Unter welchen Umständen ist der Gläubiger zur Klagenzession verpflichtet?

Zunächst ist selbstverständlich, daß durch vertragsmäßigen, bei wie nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages ausgesprochenen Verzicht des Bürgen, der Gläubiger von dieser Verpflichtung befreit wird; denn das Recht will dem Bürgen das beneficium nicht aufdrängen. Ebensowenig bedarf es der Hervorhebung, daß der Bürge Klagenzession vom Gläubiger nur verlangen kann, wenn letzterer selbst die Klage noch hat.

Ob diese Verpflichtung des Gläubigers von einem Regreßrecht des Bürgen gegen den Hauptschuldner abhängig zu machen sei, war für das gemeine Recht mangels einer dahingehenden Legalbestimmung bestritten.

Einige Schriftsteller[1]) verneinen dies, erklären aber die actio cessa für wertlos, weil durch exceptio doli entkräftet. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten, da sie dem ganzen Zweck des beneficium, dem Bürgen die Klage des Gläubigers zwecks Durchführung seines Regreßanspruches zur Verfügung zu stellen, widerspricht. Ist der Bürge nicht regreßberechtigt, hat die Klage keinen Wert. Wozu also dem Gläubiger die Verpflichtung zur Klagenzession auferlegen? Aus diesen Gründen wollen Windscheid (Pandekten S. 1034) und Hasenbalg (Bürgschaft S. 421) mit Recht dem Gläubiger diese Verpflichtung nur bei Vorhandensein eines Regreßrechts auferlegt wissen.

Im übrigen wird es für diese Verpflichtung des Gläubigers gleichgültig sein, in welcher Art er befriedigt ist, und ob der Bürge die Bürgschaft mit oder ohne Wollen und Wissen des Schuldners übernommen hat, ob der Bürge selbstschuldnerischer ist oder nicht.

§ 9.

bb) Umfang.

In welchem Umfange ist der Gläubiger zur Klagenabtretung verpflichtet?

Der Bürge, der sich nur für einen Teil der Schuld verbürgt oder den Gläubiger nur zum Teil befriedigt hat, kann Abtretung der actio nur in Höhe dieses Teiles verlangen. Denn sonst würde der Gläubiger rücksichtlich des Restes seiner Forderung nicht mehr gegen den Schuldner vorgehen, der Bürge aber imstande sein können, mehr einzuklagen, mithin um die seinen Betrag übersteigende Forderung bereichert sein.

---

[1]) Brinz S. 122, 23 bis 87, 6; Arndts S. 566, 3; Dernburg S. 217, 8.

Beides steht aber im Widerspruch mit dem oben gekennzeichneten Zweck der Rechtswohltat.

Der Grundsatz, daß derjenige, der einen Anspruch abzutreten verpflichtet ist, mit dem Anspruch selbst alle die mit demselben verbundenen akcessorischen Sicherungsmittel und Vorzugsrechte abtreten muß, greift auch rücksichtlich des abtretenden Gläubigers dem Bürgen gegenüber Platz (Dig. h. t. fr. 21 und Dig. XVIII, 4 fr. 23).

Die von Knorr[1]) verlangte Beziehung zwischen der Verbürgung und den Nebenrechten ist als überflüssig zu bezeichnen. Ist sie vorhanden, so versteht sich die Mitabtretung der Nebenrechte von selbst; fehlt sie, so nützen diese Rechte dem Gläubiger nun nichts mehr, da er ja vom Bürgen vollständig befriedigt ist, während sie für den Bürgen zur Durchführung seines Regresses von großem Werte sind.

Natürlich geht diese Verpflichtung zur Abtretung auch der Nebenrechte nicht so weit, daß der Gläubiger aus derselben Schaden zu erwarten hat, z. B. wenn die Nebenrechte zugleich zur Sicherung einer anderen Schuld bestellt sind (Cod. h. t. c. 2). Aber auch in einem solchen Falle wird man den Gläubiger zur Abtretung der Nebenrechte für verpflichtet bezeichnen müssen, wenn ihn der Bürge durch Tilgung der anderen Forderungen vor eventuellen Nachteilen schützt.[2])

Savigny (S. 273—278) bestreitet, gestützt auf Modestin (Dig. h. t. fr. 46), daß der Gläubiger verpflichtet sei, dem zahlenden Bürgen die Klage gegen den Mitbürgen abzutreten. Da aber hierfür ein noch größeres Bedürfnis vorliegt, als für die Klagenabtretung gegen den Hauptschuldner, weil einerseits der einzelne Bürge gegen die anderen Mitbürgen aus eigenem Recht mangels eines bestehenden Rechtsverhältnisses

---

[1]) Archiv für zivilist. Praxis Bd. 28 S. 169—175.

[2]) So Hasenbalg S. 458; dagegen Girtanner S. 456.

zwischen ihnen keinen Regreß nehmen kann, da die Aushilfe der actio mandati oder negotiorum gestorum hier versagt, andererseits das römische Recht jeden der Mitbürgen nur auf seinen Kopfteil haften lassen will,[3]) wird man dem Gläubiger auch diese Verpflichtung auferlegen müssen. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich auf den Standpunkt des Paulus (Dig. h. t. fr. 36) und des Julianus (fr. 17) gestellt,[4]) von denen letzterer ausdrücklich sagt:

> fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

Der Gläubiger braucht aber seine actio gegen die Mitbürgen dem Bürgen nur nach Abzug des Kopfteiles des zahlenden Bürgen abzutreten, denn schon mit dieser Teilaktio kann der zahlende Bürge von den Mitbürgen deren Kopfteile einklagen.

§ 10.

cc) Geltendmachung.

Wie kann nun der Bürge sein der Verpflichtung des Gläubigers entsprechendes Recht auf Klagenzession geltend machen?

Zunächst mußte dem Gläubiger eine Einrede aus J. III, 30, pr., wonach die Zahlung des Bürgen ipso jure den Schuldner befreit, der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner also konsumiert ist, abgeschnitten werden. Zu diesem Zweck griff man zu einer Fiktion des Kaufes der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner oder die Mitbürgen durch den zahlenden Bürgen.[1]) Modestinus verlangt in

---

[3]) vgl. unten beneficium divisionis S. 37.

[4]) Seuffert Bd. 20 Nr. 36.

[1]) Girtanner S. 216/17; Hasenbalg S. 444/45.

Dig. XLVI, 3 fr. 76 eine dahingehende Erklärung des Bürgen vor oder bei der Zahlung, während Paulus in fr. 36 eodem eine solche nicht für erforderlich hält. Diese beiden Stellen stehen nicht miteinander in Widerspruch; die erste enthält die Grundlage, den Ausgangspunkt der Entwicklung, die zweite den Abschluß. Da die Kaufsfiktion nur dem Interesse des Bürgen dient und der dahingehende Wille des Bürgen das einzig Entscheidende ist, wird dieser Wille präsumiert.[2])

Aus dieser Fiktion des Kaufes der Forderung durch den Bürgen ergibt sich mit Notwendigkeit eine Konsequenz für die Durchführung des Rechtes des Bürgen auf Klagenzession, die im gemeinen Recht nicht allgemeine Anerkennung gefunden hat.

Allgemein wird gelehrt,[3]) daß der Bürge dies sein beneficium nur mittels einer exceptio doli geltend machen könne; er müsse sich vor oder bei Bezahlung der Schuld auf dies beneficium berufen; verweigere der Gläubiger die Abtretung seiner Forderungsrechte gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen, könne auch der Bürge die Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit verweigern. Der Bürge, der ohne Berufung auf das beneficium in Gestalt einer exceptio doli seine Verbindlichkeit erfüllt habe, solle der Rechtswohltat verlustig gehen.

Wenn aber das Recht zu einer Fiktion des Kaufes der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner greift, um diese Forderung durch Bezahlung seitens des Bürgen

---

[2]) Hartmann (Obligation S. 50) erklärt das Nichtuntergehen der Hauptforderung durch Leistung seitens des Bürgen damit, daß die Zahlung nur dann und insoweit Tilgung bewirke, sofern der der Obligation innewohnende Zweck wirklich erreicht wird. Dieser Zweck sei hier die Hinüberleitung der Leistung von dem zunächst zahlenden Nebenschuldner auf den Kopf des Hauptschuldners.

[3]) Baron S. 421; Arndts S. 566; Endemann § 192 Anm. 1; Kuhlenbeck zu § 774.

nicht untergehen lassen zu brauchen, muß es andererseits den Bürgen auch als Käufer behandeln. Es muß ihm also auch, wenn er durch Bezahlung den Kauf seinerseits erfüllt, eine actio emti utilis geben, damit er den Gläubiger zur Erfüllung seiner Verkäuferverpflichtung anhalten kann. Diese Verpflichtung besteht in der Abtretung der verkauften Forderung. Es kann also der Bürge die Klagenzession noch fordern, nachdem er bereits gezahlt hat.[4])

Demnach kann die Verpflichtung des Gläubigers zur Klagenzession ein zweifaches Aussehen haben:

1. Der Gläubiger will den Bürgen in Anspruch nehmen; dann hat er ihm die Klagen gegen den Schuldner und Mitbürgen abzutreten, sonst erhebt dieser die exceptio doli, wodurch der Gläubiger abgewiesen wird. Da es hier allein vom Willen des Gläubigers abhängt, ob er sich an den Bürgen halten will oder nicht, und da er erst infolge dieses seines Entschlusses dem Bürgen die Klagen abzutreten hat, ist seine Verpflichtung in diesem Falle eine indirekte.

2. Der Gläubiger hat den Bürgen in Anspruch genommen, dieser hat bezahlt; dann setzt er sich der Klage des Bürgen auf Klagenzession mit Verurteilung und Zwangsvollstreckung aus, wenn er die Klagen nicht abtritt, er kann mit seinem Willen auch nicht mehr indirekt auf Entstehen oder Bestehen seiner Verpflichtung zur Zession einwirken, sein Wille ist nunmehr gleichgültig.

In diesem Falle ist er zur Abtretung direkt verpflichtet.

Über diesen Standpunkt, daß der Gläubiger die Verpflichtung habe, dem zahlenden Bürgen die Klagen gegen Hauptschuldner und Mitbürgen abzutreten, ist die Praxis des neuesten gemeinen Rechts (Seuffert XVIII 313, XIII 40)

---

[4]) Dernburg § 80, 2; RG. XVIII S. 241.

noch hinausgegangen: „Die erzwingbare Zession ist auch ohne wirklich geschehene Vornahme als geschehen zu fingieren.“ [5]) Der Bürge kann nach Zahlung die Klagen gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen ohne weiteres anwenden.

§ 11.

2. Deutsches und partikulares Recht.

Zu einer Zeit, als dem Gläubiger nur der Bürge verpflichtet war, der Schuldner zum Gläubiger in gar keiner Beziehung stand, war im deutschen Recht für einen dem römischen beneficium cedendarum actionum analogen Rechtsbehelf kein Raum. Seinen Anspruch an den Schuldner dem Bürgen abtreten konnte der Gläubiger nicht, weil er selbst ja gar keinen hatte; aus dem gleichen Grunde konnte der Bürge auch nicht in die Rechte des Gläubigers eintreten. Auf der anderen Seite lag hierfür auch kein Bedürfnis vor, da der Bürge kraft eigenen Rechts befugt war, den Schuldner außergerichtlich zu pfänden, ja sogar dessen Person dem Gläubiger auszuliefern, um so zu dem Ersatze des von seiner Seite Geleisteten zu gelangen.[1])

Als dann aber in späterer Zeit neben den Bürgen auch der Schuldner als Verpflichteter tritt, und noch später der Bürge als nur akzessorisch neben den Schuldnern verpflichtet erscheint, ist dieses Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Schuldner kraft eigenen Rechts weggefallen. Ganz hilflos konnte aber der Bürge nicht bleiben.

Deshalb hielt man erst den Schuldner an, selbst die Schuld zu begleichen. War nämlich der Schuldner in der

---

[5]) Hasenbalg S. 419; ähnlich Girtanner S. 547; a. M. Mühlenbruch S. 445—448; Puchka S. 578 u. a.

[1]) Brunner S. 192.

Erfüllung seiner Pflichten säumig, d. h. kam er dem Drängen des Bürgen zur Begleichung seiner Schuld an den Gläubiger nicht nach, so hatte er dem Bürgen den entstandenen Schaden zu ersetzen und ihm außerdem eine Strafe in Höhe des Zwei- oder Dreifachen des Geleisteten zu zahlen.[2])

Dann ließ man den gesetzlichen Bürgen bezüglich seiner Ansprüche auf Ersatz an die Stelle desjenigen treten, den er mit seinem Gelde abgefunden hatte. Das altgermanische Recht kannte nämlich eine große Zahl von gesetzlichen Bürgen. Die Blutsverwandten, die Sippenmitglieder waren zum Eintritt füreinander verpflichtet. Diese Verpflichtung wurde dann auf die Angehörigen jedes anerkannten Verbandes ausgedehnt: Bürger für ihre Mitbürger, Genossen für ihre Mitgenossen, Hörige für ihre Herren usw. Im gesteigerten Verkehr konnten diese Verpflichtungen nur aufrechterhalten werden, wenn man den zur Übernahme der Bürgschaft verpflichteten Personen andererseits den Rückgriff gegen die ursprünglich Verpflichteten gab. Hierzu war nichts geeigneter als der nunmehr anerkannte Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner. Den Mittelweg, der in der römisch-gemeinrechtlichen Entwicklung eine so große Rolle gespielt, den Gläubiger zur Abtretung des Anspruchs anzuhalten, ließ man weg. Der Bürge trat sofort mit der Bezahlung der Schuld ohne weiteres in die Rechte des Gläubigers ein. Er ist ganz in dem Maße und in der Stärke berechtigt, die Befriedigung seiner Forderung zu verlangen, in welcher es derjenige war, dessen Forderung er befriedigte.[3])

Dies wurde dann auf die freiwillige Bürgschaft übertragen. Natürlich fiel die Strafzahlung weg. Es blieb nur Ersatz des Vermögensverlustes. Hier geht das deutsche Recht

---

[2]) Platner S. 164.
[3]) Gierke S. 371.

weiter wie das römische. Der Bürge konnte auch das im guten Glauben zuviel Gezahlte vom Schuldner ersetzt verlangen; mochte sich dieser deshalb an den Gläubiger halten.

Ein derartiges Rückgriffsrecht hatte der einzelne Bürge, der gezahlt hatte, auch gegenüber seinen Mitbürgen, wenn sie Gesamtbürgschaft übernommen hatten.[4])

Da hier der Bürge ohne weiteres in die Rechte des Gläubigers eintritt, ist eine Verpflichtung des Gläubigers zur Klagenabtretung begrifflich undenkbar. Nach manchen Rechten hat der Bürge aber ein Recht auf alle Sicherungsmittel, welche dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderungen gegen den Schuldner zustehen.[5]) Soweit diese zu ihrer Geltendmachung abgetreten werden müssen oder, wie das Pfandrecht, an den Besitz einer bestimmten Sache geknüpft sind, hat der Bürge auf sie einen Anspruch, dem eine direkte Verpflichtung des Gläubigers entspricht.

Diesem rein deutschrechtlichen Grundsatze des Eintritts des Bürgen ohne weiteres in die Rechte des Gläubigers sind die Partikulargesetze gefolgt. Das preußische allgemeine Landrecht gibt dem Bürgen das Sicherungsmittel allerdings noch in beiderlei Gestalt, indem es sowohl den Bürgen in die Rechte des Gläubigers in Höhe des Gezahlten ohne weiteres eintreten läßt (I, 14 § 338), als auch daneben ihm noch einen Anspruch auf Zession verleiht (§ 339). Der Code civil kennt in Art. 2029 nur eine cessio legis, aber nur der Ansprüche gegen den Schuldner, nicht auch gegen die Mitbürgen. Auf dem gleichen Standpunkte steht das österreichische Gesetzbuch (§ 1358) und das bayerische Landrecht. Nur das sächsische Gesetzbuch hat in § 955 die exceptio doli beibehalten. Auch die obenerwähnte gemeinrechtliche Praxis ist der Einwirkung des deutschen Rechts zuzuschreiben.

[4]) Schröder S. 731; vgl. unten S. 39.

[5]) Stobbe-Lehmann S. 367.

§ 12.

3. Bürgerliches Recht: Übergang kraft Gesetzes auch bei dem Kreditauftrage.

Die Frage nach einem Rückgriffsrecht des Bürgen auf den Schuldner ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in erster Linie nach dem etwa zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen. In vielen Fällen werden die Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung kommen können. Der Auftrag des Schuldners an den Bürgen, die Bürgschaft zu übernehmen, schließt den Auftrag in sich, gegebenenfalls den Gläubiger zu befriedigen. Damit ist dem Bürgen aus § 670 eine Regreßklage gegen den Schuldner gegeben. Für den Bürgen als Geschäftsführer ohne Auftrag des Schuldners greift § 683 Platz. Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag sind hierbei aber nicht zu weit auszudehnen, z. B. nicht auf den Fall der Verbürgung oder Befriedigung donandi animo oder ohne Wissen und Wollen des Hauptschuldners.

Neben diesem Rückgriffsrecht aus eigenem Recht hat der Bürge auch noch ein dem gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum nachgebildetes Rückgriffsrecht kraft Gläubigerrechts.

Ausgehend von der auf das gemeine Recht gegründeten Unterstellung, daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi animo, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben,[1]) befriedigt, läßt das Gesetzbuch in § 774 die Forderung des Gläubigers von Gesetzes wegen auf den Bürgen übergehen. Dieser Legalübergang findet statt ohne Unterschied, ob der Schuldner mit der Bürgschaftsübernahme einverstanden war oder nicht, gleichviel, in welcher Art der Gläubiger

---

[1]) Motive S. 674.

durch den Bürgen befriedigt wird, ob die Bürgschaft eine selbstschuldnerische ist oder nicht.[2])

Der Ursprung des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum ist, wie S. 13 erwähnt, in der zweiseitigen Natur des mandatum qualificatum zu suchen: Der mandator hat gegen den mandatarius die actio mandati directa auf Abtretung der Klage gegen den Schuldner. Ist dasselbe nach heutigem Recht bei dem Kreditauftrag des § 778 BGB. der Fall?

Zur Beantwortung dieser Frage ist etwas näher auf die juristische Konstruktion dieses Instituts einzugehen. In seiner Entstehungsgeschichte fällt sofort eines in die Augen: Die große Verschiedenheit zwischen dem § 680 des ersten Entwurfes und dem § 778 des Gesetzes.

Der Entwurf enthielt folgende Bestimmung:

> Hat jemand den ihm von einem anderen erteilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurteilen.

Hiernach sollte in erster Linie der Parteiwille entscheidend sein, wobei jedoch die Anschauung zugrunde lag, daß mit einem Kreditauftrage regelmäßig eine Bürgschaft bezweckt und deshalb das Vertragsverhältnis nach den Grundsätzen über die Bürgschaft zu beurteilen sei. Die Mandatsgrundsätze sollten nur ausnahmsweise Platz greifen.

Hierin lag eine arge Verkennung des Wesens und rechtlichen Charakters des Kreditauftrags.[3]) Indem man den

[2]) Neumann Anm. 2 zu § 774.

[3]) Rothenberg, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 77 S. 329.

Auftrag als eine äußere Form betrachtete, kam man zu einer Identifizierung und Verwechselung von Kreditauftrag und Kreditbürgschaft. Dieser Erwägung verdankt der § 778 des Gesetzes die Fassung:

> Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

Laut Komissionsprotokoll (S. 2345) erkannte man an, daß der dieser Änderung zugrunde liegende Antrag von dem Entwurfe darin abweiche, daß er nicht auf das durch Annahme des Kreditauftrages entstehende Rechtsverhältnis die Bestimmungen über die Bürgschaft für anwendbar erkläre, sondern nur ausspreche, daß der Auftraggeber nach auftraggemäßer Kreditgewährung dem Kreditgeber für die aus der Kreditgewährung entstandene Verbindlichkeit als Bürge hafte. Vor erfolgter Kündigung sollten somit die Bestimmungen über den Auftrag (in bezug auf Kündigung, Widerruf usw.) Anwendung finden.

Daraus folgt für die Aufgabe ein Doppeltes:

I. Das Kreditmandat ist ein regelrechter Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. Er muß als solcher ausdrücklich erteilt und angenommen sein, einer besonderen Übernahme des Risikos bedarf es nicht. Es muß aber auch wirklich ein Auftrag, nicht nur Ermächtigung, Veranlassung, Rat oder Empfehlung sein. Auch die äußere Form des Auftrages allein genügt nicht. Will der Beauftragte nicht die Verpflichtung eingehen, seinerseits den Auftrag, den Weisungen des Mandanten gemäß auszuführen, entsteht kein Kreditauftrag, sondern ein eigenartiges Rechtsverhältnis das nach dem Willen der Beteiligten zu interpretieren ist.[4]

[4]) Planck zu § 778.

Nur wenn ein Mandat nicht nur im Ausdrucke, sondern in Wirklichkeit vorhanden ist, kann eine Garantiepflicht resultieren, dann liegt ein rechtes Kreditmandat vor. Dieses verpflichtet, wenn angenommen, den Beauftragten (Gläubiger) dem Kreditmandanten (Bürgen) gegenüber zur Kreditgewährung (vgl. § 662 BGB.).

Der Bürge hat hier einen Anspruch auf Vollzug der Kreditgewährung.

Der Inhalt des Auftrages muß darauf gerichtet sein, daß der Beauftragte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gewähre. Kommt der Beauftragte nach, so stellt sich die Kreditgewährung wirtschaftlich nicht als Geschäft des Auftraggebers, also als fremdes, sondern als eigenes dar; er hat also Vorteile wie Nachteile aus dem Geschäfte selbst. Gegen § 667 ist er also nicht verpflichtet, die aus der Geschäftsbesorgung gewonnenen Vorteile dem Kreditmandanten herauszugeben.

II. Der Kreditmandant haftet dem Beauftragten als Bürgen. Es finden hiernach namentlich die Rechtssätze über den Umfang der Verbindlichkeit des Bürgen und die dem Bürgen zustehenden Einreden und Einwendungen Anwendung. [5]) Der Begriff „Haftung“ läßt nämlich nicht eine Teilung zu allein nach der passiven Seite hin, er umfaßt nicht nur die Verbindlichkeiten und Nachteile des Haftenden, sondern auch die mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten verbundenen Rechte und Vorzüge. Deshalb sind auch dem Kreditmandanten sämtliche auf die Haftung des Bürgen bezüglichen Vorschriften auszudehnen. So ist auch der aus der bürgenähnlichen Haftung des Kreditmandanten entspringende Regreßanspruch gegen den Schuldner nicht nach Auftrags-, sondern nach Bürgschaftsrecht zu beurteilen: Die Forderung

[5]) Staub § 349,41.

des Mandatars gegen den Schuldner geht bei Befriedigung durch den Mandanten kraft Gesetzes auf letzteren über. [6]) Nicht braucht der Mandant erst, wie nach gemeinem Recht, aus § 667 BGB. auf Abtretung zu klagen.

Den Umfang des Übergangs der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bestimmt § 401: es gehen mit über sämtliche zur Stärkung der Forderung dienenden Nebenrechte, vor allem Hypotheken, Pfandrechte, Rechte gegen Mitbürgen — diese aber nur in der aus § 774 Abs. 2 resultierenden Einschränkung — Vorzugsrechte im Konkurse.

Cessio legis und Verpflichtung zur Klagenzession schließen sich begrifflich gegenseitig aus. Was auf mich schon kraft Gesetzes übergegangen ist, kann ich nicht auf mich zu übertragen verlangen. Eine Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zur Klagenzession besteht nach heutigem Rechte also nicht.

Wohl aber können aus dem Mitübergange dem Nebenrechte für den Gläubiger Verpflichtungen entstehen.

Den Hypothekenbrief, das Faustpfand für die Hauptschuld, hat der Gläubiger dem zahlenden Bürgen herauszugeben; nach §§ 402, 403 BGB. ist er verpflichtet, dem Bürgen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen und ihm alle zur Rechtsverfolgung nötigen Auskünfte, Beweismittel und Urkunden zu erteilen.

Da von dem Übergang dieser Nebenrechte nur nach Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Rede sein kann, und diese Rechtsfolge kraft Gesetzes aus der Befriedigung durch den Bürgen resultiert, bleibt der Wille des Gläubigers diesen seinen Verpflichtungen gegenüber gänzlich belanglos. Diese Verpflichtungen sind also direkte.

---

[6]) So Endemann S. 861—867; a. M. Cosack S. 579.

II. Beneficium excussionis seu ordinis.

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 13.

a) Grundgedanke und Entstehung.

Im klassischen römischen Recht hat der Gläubiger die Wahl, wen er zur Zahlung heranziehen will, den Schuldner oder den Bürgen,[1]) weil letzterer sich „quasi correus“ (Dig. h. t. fr. 4 § 1) verpflichtet hat. Hat der Gläubiger es selbst verschuldet, daß er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann, weil dieser inzwischen zahlungsfähig geworden ist, so schadet dies seinem Rechte gegen den Bürgen nichts; der Bürge kann ihn hierfür nicht verantwortlich machen (Dig. h. t. fr. 51 § 3). Eine Beschränkung dieses Wahlrechts enthält Dig. XLVII, 10. fr. 12: Inanspruchnahme des Bürgen bei offenbarer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners begründet eine actio injuriarum.

Dies ist das strenge Recht der Digesten (XLVI, 1 fr. 62 18) und des Kodex (VIII, 41 c. 3 und V, 49 c. 1.).

Den in diesem freien Wahlrecht liegenden Gefahren[2]), für den Bürgen, daß er prinzipaliter haftete, für den Gläubiger, daß der ganze Anspruch durch Litiskontestation mit dem einen Schuldner konsumiert wurde, wich die Praxis durch Eingehung der fidejussio indemnitatis aus.

Ein Vorläufer des eigentlichen fidejussor indemnitatis ist der fidejussor acceptus in id, quod ex his (pignoribus) refici non potest. (Cod VIII, 40, c. 17); dieser wird frei omissis pignoribus. Daher hat der Gläubiger die indirekte

---

1) Vangerow S. 140.

2) Mode S. 4; Hasenbalg S. 499.

Verpflichtung, die Pfandstücke zu bewahren und erst zu verwerten, bevor er den Bürgen belangt.

Bei der eigentlichen Schadlosbürgschaft verpflichtet sich der fidejussor indemnitatis nur zur Ersetzung des Ausfalles, den der Gläubiger beim Schuldner erleiden werde. Dies hat eine sehr wichtige Folge.

Die ganz oder teilweise erfolglose Ausklagung des Schuldners gehört hier zur Klagenbegründung, da bis zur Ausklagung der Bürge noch nichts schuldet, seine Verbindlichkeit erst hiermit eine feste Form erhält. Will der Gläubiger den Bürgen in diesem Fall in Anspruch nehmen, muß er den Hauptschuldner vorher ausklagen, er ist also dem Schadlosbürgen gegenüber zur Ausklagung des Schuldners verpflichtet.

§ 14.

b) Pflicht zur Vorausklage.

Nachdem Justinian die Gefahr der Prozeßkonsumtion in Cod. h. t. c. 28 aufgehoben hatte, konnte er sich der Beseitigung der Prinzipalhaftung des Bürgen nicht länger verschließen. Im Jahre 535 erließ er die Novelle IV, die die Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen zum gesetzlichen Ausdruck bringt; sie bestimmt, daß der Gläubiger sich erst an den Schuldner halten soll und erst, wenn er bei diesem volle Befriedigung nicht erreicht hat, den Bürgen zur Zahlung heranziehen darf: beneficium excussionis, seu ordinis. Obwohl demnach die erfolglose Ausklagung des Schuldners nicht zum Klagenfundamente erhoben ist, wie bei der Schadlosbürgschaft, so hat doch der Bürge die Möglichkeit eines gewissen Zwanges, daß der Gläubiger erst den Schuldner ausklage; denn unterläßt der Gläubiger dies, so hat der Bürge die Befugnis, die Zahlung abzulehnen. Demnach hat

der Gläubiger dem Bürgen gegenüber regelmäßig die indirekte Verpflichtung, den Schuldner vorher auszuklagen. Daß diese „Verpflichtung",[3]) zuerst seine Befriedigung beim Hauptschuldner zu suchen, durch das Gesetz und nicht durch die Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages auferlegt ist, kann keinen Unterschied machen.

Aus Gründen der Billigkeit tritt für den Gläubiger hiervon eine mehrfache Befreiung ein. So kann namentlich der Bürge auf die Rechtswohltat verzichten, sei es bei Eingehung der Bürgschaft oder nachher, ausdrücklich oder stillschweigend; der wichtigste Fall eines solchen Verzichtes ist die Verbürgung als Selbstschuldner. Die übrigen Befreiungsgründe, mit Ausnahme des arglistigen Ableugnens der Bürgschaft (Dig. h. t. l. 10 § 1) lassen sich zusammenfassen in wesentliche Erschwerung oder voraussichtliche Erfolglosigkeit der Vorausklage.

§ 15.

2. Deutsches und partikulares Recht.

Eine ähnliche Entwicklung von der ungeschützten Haftung des Bürgen bis zur Verpflichtung des Gläubigers zur Vorausklage hat das deutsche Recht durchgemacht.

Wie oben gesagt, war in ältester Zeit nur der Bürge derjenige, an welchen der Gläubiger sich halten durfte und zugleich halten mußte. Der Schuldner stand zu dem Gläubiger in gar keiner Beziehung; leistete er trotzdem, so hatte dies, da die Bürgengabe provisorische Erfüllung war, die Bedeutung der Befreiung des Bürgen. Dieser Auffassung entspricht es, daß, als später der Gläubiger den Bürgen nicht mehr als seinen Sklaven abführt, es in erster Linie der

---

[3]) Windscheid S. 1026 Anm. 10.

Bürge ist, dem die Erfüllung obliegt: Die Bürgschaft ist selbstschuldnerische Bürgschaft.[1]) Der ursprüngliche Schuldner haftet analog wie bei Hingabe eines Pfandes nur dann und so weit, als der Schuldner nicht erfüllt.

Als später die akzessorische Bürgschaft Anerkennung fand, erfuhr das Verhältnis von Schuldner und Bürgen unter sich und dem Gläubiger gegenüber mangels einer gesetzgeberischen Zentralgewalt in den einzelnen Territorien eine verschiedenartige Behandlung.

Nach manchen Rechten erscheint der Bürge ohne weiteres als solidarisch mit dem Hauptschuldner verpflichtet, so daß der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den Schuldner zur Erfüllung heranziehen kann.

Hat der Bürge versprochen, für den Fall, daß der Schuldner nicht bezahle, ohne daß vorher bestimmt worden ist, warum der Schuldner nicht zahle, selbst zu bezahlen, dann haftet der Bürge mit dem Zahlungstermine sofort, ohne daß der Gläubiger auf den Schuldner zu greifen braucht.[2]) Der gewöhnliche Fall ist aber der, daß der Bürge sich verpflichtet hat, für die Schuld nur einzutreten, wenn der Schuldner nicht bezahlen *kann*.

Hier hat der Bürge eine geringere Verpflichtung übernommen wie im ersten Fall. Dieser vom Bürgen bei der Bürgschaftsübernahme geäußerte und vom Gläubiger durch die Annahme des Bürgen gutgeheißene Wille muß vom Recht berücksichtigt werden. Soll der Bürge in Anspruch genommen werden, so muß festgestellt sein, daß der Schuldner nicht bezahlen kann; deshalb ist, wenn sich auch Quellenbelege gegenteiliger Ansicht finden,[3]) im größeren Teile des deutschen Rechtsgebietes die Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen

---

[1]) *Stobbe-Lehmann* S. 363.

[2]) v. *Gosen* S. 86.

[3]) *Heusler*, Bürge u. Selbstzahler S. 79.

anerkannt worden. Der Gläubiger kann sich nur an den Bürgen halten, wenn er vorher den Schuldner in Verzug gesetzt hat.[4]) Daß er gerade klageweise gegen den Schuldner vorgegangen, ist nicht nach allen Rechten erforderlich, nach manchen genügt schon Zahlungsaufforderung.

Der Gläubiger hat also den Schuldner in Verzug zu setzen, d. h. der Bürge braucht die Subsidiarität seiner Haftung nicht einredeweise geltend zu machen, sondern der Gläubiger wird mit seiner Klage gegen den Bürgen nur zugelassen, wenn er seinerseits vorher den Schuldner angegangen war. Unterläßt er dies, so ist ihm der Angriff gegen den Schuldner versagt, er ist also indirekt zur Vorausklage — im weiteren Sinne — verpflichtet.

Dem römischen Rechte gegenüber ist demnach die Stellung des Bürgen in dieser Beziehung wesentlich gefestigter. Deshalb sind auch hier Ausnahmen anerkannt. Die Haftung des Bürgen trat in Erscheinung nicht bloß bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern schon, wenn die Zahlung nicht leicht zu erlangen war. War der Schuldner abwesend, so bedurfte es gar nicht einmal besonderer Mahnung.

Hatte der Gläubiger, ohne vorher den Schuldner angesprochen zu haben, in einem Falle, wo er hierzu verpflichtet war, den Bürgen schon gepfändet, so mußte er dem Bürgen das Pfand zurückgeben und eine dem Werte der Pfänder entsprechende Privatbuße zahlen.[5]) Hier hat der Gläubiger dem Bürgen gegenüber eine direkte Verpflichtung.

Das preuß. allgem. Landrecht steht auf dem Boden des deutschen Rechts. In I, 14 § 283 bestimmt es, daß der Gläubiger sich nicht eher an den Bürgen halten könne, als er durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner

---

[4]) Stobbe-Lehmann S. 365 u. 124.

[5]) Stobbe, Vertragsrecht S. 124.

erwiesen habe, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Teil nicht imstande sei. Die Erfolglosigkeit der Ausklagung des Schuldners gehört zur Substanzierung der Klage gegen den Bürgen.[6]) Damit ist die Pflicht des Gläubigers zur Vorausklagung des Schuldners dem gemeinen Rechte gegenüber zwar sehr verschärft, eine indirekte ist sie aber immer noch. Wieweit der Gläubiger im einzelnen Fall seinen Anspruch gegen den Schuldner durchzuführen verpflichtet ist, bestimmt das Gesetz selbst; es gibt Auslegungsregeln dafür, wann das Unvermögen des Schuldners als festgestellt zu erachten ist (§§ 284—295).

Dagegen geht der Code civil umgekehrt nicht so weit, wie das gemeine Recht. Zwar begründet hier das beneficium excussionis für den Bürgen auch eine Einrede (Art. 2021 2022), aber letzterer hat dem Gläubiger die Kosten, welche die Anstellung der Vorausklage verursachen wird, auf Verlangen vorzuschießen (Art. 2023) und ihm die Güter des Schuldners anzuzeigen, aus welchen der Gläubiger seine Befriedigung vollständig erhalten kann.[7])

3. Einrede der Vorausklage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 16.

a) Juristische Konstruktion der Einrede.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat trotz eines dagegen gerichteten Antrages die subsidiarische Qualität der Bürgschaft beibehalten.[1]) Nach § 771 „kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine

---

[6]) Cosack S. 578 Anm. 18.

[7]) Zachariae S. 725.

[1]) Protokolle bei Mugdan S. 1024.

Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat." Diesen Rechtsbehelf des Bürgen bezeichnete das Gesetz selbst als „Einrede der Vorausklage". Daß es sich hierbei um eine wahre dilatorische, dem Bürgen als solchen zustehende, und nicht erst durch Erhebung des Anspruches gegen den Bürgen zur Entstehung gelangende Einrede, nicht nur um ein Leugnen des Klaggrundes handelt, ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes. Der Bürge kann diese Einrede vorschützen, er muß es tun, wenn er sie berücksichtigt wissen will. Dies zwingt den Gläubiger zu dem Beweise, daß er die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht habe, oder zur Vorausklage nicht „verpflichtet" [2]) sei. Der Gläubiger hat hiernach, ähnlich wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen der Einrede im vorliegenden Falle nicht oder nicht mehr vorhanden sind. Diese Regelung der Beweislast in § 771 folgt aus der Stellung des „nicht" unmittelbar hinter „solange". „Solange nicht" heißt soviel als „es sei denn daß".[3]) Der Gläubiger hat also zu beweisen, daß die im Nebensatze angeführte Tatsache als Ausnahme von der Regel vorliegt.[4])

Zur Klagebegründung gehört die Behauptung fruchtlosen Versuches der Zwangsvollstreckung also nicht,[5]) sie ist vielmehr Replikbehauptung auf die Einrede der Vorausklage. Anders bei der Schadlos- oder Ausfallbürgschaft. Hier haftet der Bürge von vornherein nur für den dem Gläubiger drohenden Ausfall bei der Hauptschuld; das Nichtbekommenkönnen ist also eine vom Gläubiger zu beweisende

---

[2]) Motive bei Mugdan S. 373.

[3]) Eck S. 569; a. M. Schollmeyer S. 84.

[4]) Ebenso Franz Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1904, S. 400.

[5]) Kuhlenbeck zu § 771.

Klagebedingung.[6]) Ob die Beschränkung der Bürgenverpflichtung im übrigen hier von größerem Umfange als die schon aus dem Gesetze entspringende ist, zutreffendenfalls, inwieweit sie über die gesetzlichen Grenzen hinausreicht, muß im Einzelfalle im Wege der Auslegung ermittelt werden.[7])

Der Gläubiger hat hiernach regelmäßig die „Verpflichtung“,[8]) zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen und gegen diesen die Zwangsvollstreckung zu versuchen. Erst dann, wenn dies ohne Erfolg geblieben ist, kann er den Bürgen in Anspruch nehmen.

§ 17.

b) Umfang der Verpflichtung des Gläubigers zur Vorausklage.

Den Umfang dieser — indirekten — Verpflichtung des Gläubigers zur Vorausklage bestimmt der § 772; er gibt an, wie weit seinen Anspruch gegen den Schuldner durchzuführen der Gläubiger verpflichtet ist. In dieser Beziehung stellt das Gesetz geringere Anforderungen an ihn wie das gemeine Recht und das allgem. Landrecht.

Unter Ausklagung ist nicht die Verurteilung des Hauptschuldners, welche bei dem Vorhandensein eines anderen vollstreckbaren Titels gar nicht zu erfolgen braucht, zu verstehen, sondern der ohne Erfolg versuchte Zwang zur Erfüllung. Um bei der Mannigfaltigkeit der möglichen Zwangsvollstreckung einen sicheren Halt zu bieten, sind Vorschriften darüber gegeben, unter welchen vom Gläubiger zu beweisenden Voraussetzungen die Pflicht zur Vorausklage als erfüllt anzusehen sei.

---

[6]) Oertmann S. 491.
[7]) Motive bei Mugdan S. 375.
[8]) Staub § 349 S. 41.

Ist ein anderer Anspruch als eine Geldforderung in Frage, so genügt es, daß eine nach der Zivilprozeßordnung zulässige, auf Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners gerichtete Zwangsvollstreckung ohne Erfolg stattgefunden hat.

Bei einer Geldforderung muß es genügen, wenn der Gläubiger vergeblich versucht hat, durch Zwangsvollstreckung in die bewegliche körperliche Habe des Schuldners seine Befriedigung zu erlangen. Es kann jedoch dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner aus der Bürgschaft sich ergebenden Rechte nicht zugemutet werden, die meist mit erheblichen Kosten verbundene Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durchzuführen oder die Aktiva und sonstigen Rechte des Hauptschuldners im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen.

Ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aber erst einmal festgestellt, so hat der Gläubiger seiner Verpflichtung endgültig Genüge getan, er braucht die Ausklagung des Schuldners nicht zu wiederholen, wenn dieser nachher wieder zu Vermögen gelangt ist.

Erweitert ist die Verpflichtung des Gläubigers für den Fall, daß ihm für seine Forderung ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer Mobilie zusteht; dann muß er außerdem erst aus diesen seine Befriedigung gesucht haben.

Eine Befreiung von dieser Verpflichtung tritt für den Gläubiger in den in dem § 773 erwähnten Fällen ein. Der wichtigste derselben ist der Verzicht des Bürgen auf die Einrede, so daß sich der Bürge als Selbstschuldner verbürgt hat. Zu den sonstigen mit dem gemeinen Recht übereinstimmenden Vorschriften des Paragraphen tritt noch der § 349 des HGB., der dem Bürgen die Einrede entzieht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft und er Vollkaufmann ist. Ebenso verschließt Art. 81 der Wechselordnung dem Avalisten diese Einrede.

III. Verbürgung mehrerer.

§ 18.

1. Das römisch- und gemeinrechtliche beneficium divisionis.

Für den Fall der Verbürgung mehrerer für dieselbe Schuld hatte ein lex Furia de sponsu[1]) unter Beseitigung der bis dahin geltenden solidarischen Haftung eine ipso jure eintretende Haftung nach Köpfen, eine lex Apuleja,[2]) eine „societas quaedam“ der mehreren Mitbürgen eingeführt. Beide Gesetze galten nur für die sponsio und fidepromissio und kamen mit dem Verschwinden dieser Institute außer Übung. Das klassische Recht der fidejussio war demnach von dem Grundsatze der solidarischen Haftung der mehreren Mitbürgen beherrscht.

Diesen Zustand beseitigte eine epistola Divi Hadriani (J. III, 20 § 4). Sie schuf für confidejussores und commandantores das sogen. beneficium divisionis, das durch Cod. IV, 18 c. 3 auf das constitutum debitum alieni ausgedehnt wurde. Danach haften die mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, zwar an und für sich solidarisch, also jeder auf das Ganze; es kann aber jeder Bürge Teilung der Klage des Gläubigers unter die sämtlichen zur Zeit ihrer Erhebung zahlungsfähigen Bürgen verlangen.[3]) Der belangte Bürge kann eine Teilung seiner Haftung herbeiführen durch eine Einrede, welche dahin geht, daß der Gläubiger gleichmäßig auch die übrigen Bürgen, soweit sie zahlungsfähig sind, in Anspruch nehme. Die Voraussetzung dieser Einrede (Dig. h. t. 1, 28) hat der belangte Bürge zu beweisen. Durch

---

[1]) Hasenbalg S. 18.
[2]) Dernburg S. 206.
[3]) Windscheid § 479.

diesen Beweis der Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen erlangt er Abweisung des Gläubigers für die Teile der Mitbürgen.[4])

Die Durchführung dieser Rechtswohltat durch den belangten Bürgen kann sich im Prozesse in einer dreifachen Weise abspielen: Der Gläubiger erkennt die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen an, dann gibt ihm der Prätor nur eine actio divisa gegen den einzelnen Bürgen auf dessen Teilbetrag; oder die Zahlungsfähigkeit steht nicht fest, dann muß der Bürge für den event. Ausfall des Gläubigers bei den Mitbürgen Sicherheit leisten. Der normale ist der dritte Fall, daß der Gläubiger gegen den einzelnen Bürgen eine Klage auf den ganzen Betrag hat, aber mit einer zugunsten des zahlenden Bürgen eingefügten exceptio: si non et illi solvendo sint.

Der belangte von den mehreren Mitbürgen hat somit keine Möglichkeit, darauf hinzuwirken, daß der Gläubiger die Klage von vornherein teile. Der Gläubiger erhält in jedem Falle nur den Teilbetrag, bei der Teilklage nach seinem Antrag, bei der ganzen Klage auf die vom Bürgen bewiesene Einrede hin. Von einer Verpflichtung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber, letzteren nur gemäß dem beneficium divisionis zu belangen, kann daher keine Rede sein.

Deshalb gehört auch Näheres über dies beneficium nicht hierher.

Ein Vergleich dieser mit den beiden vorher behandelten Rechtswohltaten hinsichtlich der zugrunde liegenden rechtlichen Tendenz führt zu dem gleichen Resultate. Beide sind in erster Linie gegen den Gläubiger gerichtet: Der Gläubiger soll die Klage gegen den Hauptschuldner abtreten, weil nur er sie hat; der Gläubiger soll den Hauptschuldner vorausklagen, weil er es nur tun kann. Dagegen hat das bene-

---

[4]) Dernburg § 81, 1.

ficium divisionis nur den Vorteil des einzelnen Mitbürgen im Auge ohne die Zwangsrichtung gegen den Gläubiger: Seine Teilhaftung kann der Bürge allein herbeiführen durch den Beweis, daß die Mitbürgen solvent sind.

§ 19.

2. Deutsches und partikulares Recht. Bürgerliches Gesetzbuch.

Das deutsche Recht läßt im Regelfall von mehreren Bürgen bei einfacher Mitbürgschaft jeden „nach Markzahl" haften, d. h. jeder ist gleich von Anfang an nur auf einen Teil der Schuld verpflichtet, und dieser Teil ändert sich auch später, z. B. durch Wegfall eines der Mitbürgen, nicht. Der Gläubiger hat also gegen den einzelnen Bürgen eine Klage nur auf die Quote.[1]

Eine andere Regelung des Verhältnisses der Mitbürgen untereinander und zum Gläubiger muß als Ausnahme von dem Grundsatze ausdrücklich verabredet sein. Dies geschieht durch Eingehung der Bürgschaft zur gesamten Hand, wobei die mehreren Mitbürgen zusammen für die ganze Leistung verpflichtet sind: Keiner ist auf einen Teil, nicht jeder für sich auf das Ganze, sondern sie sind alle zusammen, aber ohne Quotenteilung auf das Ganze verpflichtet.

In der weiteren Ausbildung des Gesamtschuldverhältnisses treten dann zwei verschiedene Richtungen hervor.

Nach vielen Quellen hat der Gläubiger freie Wahl, ob er alle zusammen, oder einen, oder einige von ihnen auf das Ganze, oder einige auf beliebige Teile belangen will. Keiner hat die Einrede der Teilung; jeder bleibt verhaftet, bis die ganze Schuld beglichen ist.[2]

---

[1] Schröder S. 731.

[2] Stobbe, Vertragsrecht S. 157 ff.

Nach anderen Quellen darf der Gläubiger jeden Gesamtschuldner zunächst nur auf eine Quote belangen, doch bleiben im Fall, daß einige zahlungsunfähig oder nicht belangbar sind, sie alle verpflichtet, bis die ganze Schuld bezahlt ist, so daß sie die Quoten der nicht zahlenden zu übertragen habe.

Hieraus können Verpflichtungen des Gläubigers nicht entspringen. Das beneficium divisionis ist dem deutschen Recht fremd.

Dieser Anschauung ist die neuere Gesetzgebung gefolgt. Nur der Code civil hat im art. 2026 dies beneficium beibehalten, aber schon im badischen Landrecht (Art. 2072 a) fehlt es in Übereinstimmung mit dem preuß. allgem. Landrecht. Letzteres ersetzt es durch die Bestimmung, daß für das Verhältnis der mehreren Mitbürgen in erster Linie der Inhalt eines etwa errichteten Vertrages entscheiden (I, 14 § 373) und daß ergänzend korreale Haftung der mehreren Bürgen eintreten solle (§ 374 eodem).

Auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt die Einrede der Teilung. Die mehreren Bürgen haften als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben (§ 769). Der Regreß unter den mehreren Bürgen ist durch § 426 Abs. 2 gewährleistet.

IV. Diligenzpflicht des Gläubigers.

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 20.

a) Begründung derselben.

Aus den bisherigen Ausführungen hat sich ergeben, daß, der Gläubiger, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt erst beim Schuldner Befriedigung suchen, daß der Bürge

nach Erfüllung seiner Bürgschaftsverpflichtungen die Klage des Gläubigers gegen den Schuldner erhalten, daß der einzelne der mehreren Mitbürgen, wenigstens nach römischem und gemeinem Recht, nur auf seinen Kopfteil haften soll. Ist hiernach der Gläubiger zu einer sorglichen Ausklagung des Schuldners, zu einer Erhaltung und Bewahrung seiner Klage gegen den Schuldner und die Mitbürgen verbunden? Mit anderen Worten: Ist der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zur Diligenz verpflichtet?

Diese Frage ist von großer praktischer Bedeutung; denn bei ihrer Bejahung könnte der Gläubiger bei Zuwiderhandeln den Bürgen nicht in Anspruch nehmen, letzterer den Gläubiger für den aus der Nichtbefolgung der Diligenz entstandenen Schaden haftbar machen können.

Zunächst ist vom mandatum qualificatum auszugehen. Bei diesem besteht eine Diligenzpflicht des Gläubigers. Sie ergibt sich aus seiner schon mehrfach erwähnten zweiseitigen Natur. Der Mandatar ist aus diesem Vertrage nur berechtigt, wenn er die aus dessen Annahme entspringenden Pflichten erfüllt, und zu diesen gehört die Diligenzpflicht (Dig. XLVI, 3 fr. § 9 § 11; XVII, 1 fr. 27 § 5).

Die Beantwortung dieser Frage für die fidejussio suchten die Glossatoren durch Gleichstellung dieser mit dem mandatum qualificatum zu erreichen. Die Gleichstellung, die natürlich zu einer bejahenden Antwort führte, geschah, wie Donellus sagt, „ex aequo et bono". Dagegen ist anzuführen, daß die bona fides zwar eine vorhandene Verbindlichkeit erweitern, steigern, vertiefen, nicht aber sie erst begründen kann.[1]) Wenn auch im neueren gemeinen Recht eine gewisse Annäherung zwischen fidejussio und mandatum qualificatum durch Abschwächung der Form stattgefunden hat, manche sogar beide

---

[1]) Geib S. 180.

nicht mehr voneinander unterscheiden wollen,[2]) so lassen sich doch beide nicht derartig identifizieren, daß man zur Erklärung der einen Rechtssätze über die andere heranzieht. In ihrem inneren Wesen ist doch zum mindesten die Verschiedenheit bestehen geblieben, daß der eine ein einseitiger, der andere ein zweiseitiger Vertrag ist. Wollte man demnach die Diligenzpflicht des Mandatars auf den Bürgschaftsgläubiger ex aequo et bono übertragen, so müßte letzterer von Anfang an eine Verpflichtung haben, die dann zu einer Diligenzpflicht erweitert werden könnte. Da eine solche Verpflichtung nicht besteht, fehlt der Konstruktion einer Diligenzpflicht auf diesem Wege jede Unterlage.

Dem widerspricht nicht, daß der Gläubiger, wie oben entwickelt, die Verpflichtung zur Vorausklage und Klageabtretung hat; denn diese Pflichten hat er nicht von Anfang an, nicht aus dem Wesen der fidejussio heraus, sondern durch ein „beneficium" des Bürgen. Eines solchen würde es auch hier bedürfen. Auch die meisten der oft dafür angezogenen Gesetzesstellen führen zu keinem anderen Ergebnisse. Die lex 95 § 11 Dig. h. t. spricht vom mandator, nicht vom fidejussor, die lex 17 eodem von der Klageabtretung, nicht von der Prästierung einer Diligenz; die lex 36 behandelt ein noch bestehendes Klagerecht, die lex 65 Dig. XXI, 2 gibt dem Bürgen eine exceptio doli für den Fall, daß der Gläubiger darin eine Unredlichkeit begeht, daß er die Klage, trotzdem er sie hat, nicht abtritt.

Vielfach hat man auch die lex 15 § 1 Dig. h. t. hierfür angeführt. Sie hat folgenden Wortlaut:

> Si ex duobus, qui apud te fidejusserint in XX, alter, ne ab eo peteres, V tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur, et si ab altero XV petere institueris, nulla exceptione summoveris.

---

[2]) vgl. oben Anm. 4 u. 5 zu § 4 S. 8 u. 9.

Eine regelrechte Interpretation dieser Stelle ergibt folgendes Resultat. Eine Voraussetzung des beneficium divisionis ist die, daß der Mitbürge zur Zeit der Litiskontestation noch voll verpflichtet ist. Hier wird nun gesagt, daß die Befreiung des einen Bürgen seitens des Gläubigers, dem anderen Bürgen die Berufung auf diese Rechtswohltat nimmt. Dies ist schon mehr wie bloße Nachlässigkeit in bezug auf Erhaltung gegen den befreiten Bürgen, und doch hat der andere Bürge daraus „nullam exceptonem". Es ist also gleichgültig, aus welchem Grunde der Mitbürge nicht mehr verpflichtet ist; damit ist aber geradezu gesagt, daß der Gläubiger eine Diligenzpflicht nicht hat; denn hätte er eine solche, so könnte sich dadurch, daß er ihr zuwiderhandelt, seine Lage dem angegriffenen Bürgen gegenüber nicht insoweit vorteilhafter gestalten, als dieser nun das Ganze zahlen muß.

Obwohl man, ohne der Gesetzesstelle Gewalt anzutun, zu einem anderen Ergebnis der Auslegung nicht gelangen kann, ist die entwickelte Meinung nicht zur unbestrittenen Herrschaft gelangt. Es ist vielmehr verschiedentlich der Versuch gemacht worden, dem Bürgen auch für den hier behandelten Fall die Rechtswohltat zu erhalten, mithin dem Gläubiger hieraus eine Diligenzpflicht aufzuerlegen. Dedekind[3]) macht aus quindecim einfach decem und versteht unter nulla exceptione summeveris nur, daß eine exceptio nicht Platz greifen dürfe, nämlich die exceptio pacti conventi de non petendo.

Aus dem pactum de non petendo entsprängen nämlich zwei Einreden, die exceptio pacti conventi und die exceptio doli. (Ebenso Girtanner und Goldschmidt.)[4]) Das ist

---

[3]) Bei Mode S. 79 und Hasenbalg S. 488, 8a.

[4]) Archiv für ziv. Praxis Bd. 43 S. 283.

zwar richtig, aber nulla exceptio heißt gar keine Einrede, nicht „eine nicht“ und umfaßt daher die exceptio divisionis.

Windscheid (§ 479 Anm. 7) stellt demnach unter Gutheißung beider Interpretationen den Satz auf, es verstehe sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen dem anderen das beneficium divisionis nicht nehmen könne.

Dagegen erkennt Dernburg (S. 220—23, 7) an, daß diese Frage für das klassische römische Recht zu verneinen sei, fügt aber hinzu: „Der Entwicklung des heutigen Rechts entspricht aber nicht, daß der Gläubiger die Lage des Bürgen willkürlich verschlechtern kann.“ Damit überschreitet er die weiten Grenzen der aequitas und will anscheinend mit Arndts (S. 570 Anm. 2) dem Gläubiger in diesem Fall der bona fides zuwiderhandeln lassen. Dagegen wären die Ausführungen S. 41 heranzuziehen.

Wie S. 29 erwähnt, ist die Haftung des fidejussor indemnitatis eine bedingte; er haftet nur unter der Bedingung der Ausklagung des Schuldners und wird frei, wenn diese Bedingung nicht eintritt. Hat der Gläubiger also durch ein Tun oder Unterlassen selbst die Ausklagung des Schuldners ganz oder teilweise unmöglich gemacht, kann auch die Bedingung nicht eintreten (Dig. L, 17 fr. 161 fr. 203; XLVII 1 fr. 41). Diesen Nichteintritt der Bedingung hat der Gläubiger hier selbst verschuldet. Er hat also, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen will, alles zu vermeiden, was den Eintritt der Bedingung unmöglich machen könnte, er hat im Gegenteil auf das Eintreten derselben hinzuwirken. Dazu gehört in erster Linie die sorgliche Erhaltung und Geltendmachung seines Anspruches gegen den Schuldner Cod. h. t. c. 5, 19, 28). Dem Schadlosbürgen gegenüber ist der Gläubiger also zur Diligenz verpflichtet.

Wäre richtig, was Thibaut[5]), und Vangerow (§ 578 Anm. 4) behaupten, daß nämlich durch die Novelle 4 „im wesentlichen jede Bürgschaft zu einer fidejussio indemnitatis geworden sei", so würde sich auch für die einfache fidejussio eine Diligenzpflicht des Gläubigers aus dem oben Gesagten ergeben. Die Voraussetzung dieser Schlußfolgerung trifft aber nicht zu. Wenn auch in beiden Fällen erst der Hauptschuldner herangezogen werden soll, so besteht doch der einschneidende Unterschied, daß der fidejussor indemnitatis bis zur Ausklagung des Schuldners noch gar nichts schuldet, daß erst mit dieser seine Verpflichtung zum Entstehen gelangt, während die Verpflichung des gewöhnlichen fidejussor bereits vor diesem Zeitpunkte besteht und erst mit diesem näher bestimmt und wirksam wird.

Umgekehrt behaupten wieder von Bothmer und Jaeger,[6]) daß die Novelle 4 an dem Rechte der Pandekten und des Kodex, das eine Diligenzpflicht des Gläubigers in Abrede stellt (Dig. XLVI. 1 fr. 62 Cod. VIII 40 [41] l. 18), nichts geändert habe. Sie besage lediglich, daß der Gläubiger nur, wenn er vom Schuldner nichts oder nicht alles erhalte, den Bürgen zu seiner Befriedigung heranziehen dürfe; aus welchem Grunde er nichts erhalte, sei gleichgültig, mithin könne eine neglegentia in exigendo nicht in Betracht kommen.

Die Novelle 4 hat, soweit hier interessierend, folgenden Wortlaut:

> Si quis igitur crediderit, et fidejussorem, aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum ad mandatorum aut fidejussorem

---

[5]) De fidejussore ob: neglegentiam creditoris liberato, Heidelberg 1829.

[6]) b. Mode S. 18.

accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit . . . si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, . . . ad fidejussorem . . . veniat.

Die Worte: si non valuerit creditor recipere sollen nach Windscheid (§ 478 Anm. 10), wie der Zusammenhang lehre, nur sagen: Wenn der Gläubiger durch seine angestellte Klage sich seine Befriedigung nicht zu verschaffen vermag. Der Zusammenhang kann hier nur mit dem vorhergehenden „veniat primum ad eum“ gefunden werden. Venire muß aber nicht unter allen Umständen gerade verklagen heißen, es ist hier „als die Summe derjenigen Mittel zu betrachten, durch welche der Gläubiger Befriedigung erhalten kann“.[7] Von einer angestellten Klage ist hier nicht die Rede, es steht nur da, wenn er nicht erhalten gekonnt hat. Hierzu sagt Hasenbalg S. 545: „Von einem Nichthabenerhaltenkönnen ist überall nur zu reden unter der stillen Voraussetzung des Fordern müssens. Von einem Nicht haben erhalten können wird nicht mehr die Rede sein dürfen, wenn der Gläubiger allerdings erhalten konnte, aber nicht wollte. Liegt es an dem Gläubiger, daß er nicht erhalten konnte, weil er nicht wollte, bleibt das Nichtgewollte doch stets Gekonntes. In dem „valuerit“ liegt eben, daß der Gläubiger alles tun müsse, um vom Schuldner Zahlung zu erhalten, sonst hätte der Gesetzgeber „potuerit“ geschrieben.[8]).

---

[7]) Mode S. 98.

[8]) Ähnlich Girtanner S. 484.

§ 21.

b) Umfang.

Diese rein logisch aus dem Wortlaute des Gesetzes gewonnene und in der modernen Praxis zur Anerkennung gelangte[1]) Diligenzpflicht des Gläubigers ist nun näher zu charakterisieren.

Zur Zeit der Berufung des Bürgen auf das beneficium ordinis — aus diesem resultiert sie ja — ist diese Verpflichtung des Gläubigers jedenfalls vorhanden. Es wäre aber willkürlich das „Erhaltenkönnen" nicht auf die ganze Zeit, wo es möglich war, auszudehnen, sondern nur auf diesen Zeitpunkt zu beschränken. Wenn die Diligenzpflicht auch erst mit der Berufung auf das beneficium wirksam wird, so besteht sie doch vorher, vom Abschlusse des Bürgschaftsvertrages an.

Schafft der Gläubiger seinem Anspruch gegen den Schuldner durch ein positives Tun selbst ein Hindernis, so nimmt die exceptio excussionis den Charakter einer peremtorischen an (Seuffert VI, 40; XII, 240, 139). Seiner Verpflichtung kann der Gläubiger auch durch ein Unterlassen zuwiderhandeln. Nicht genügend zum Vorwurfe der negligentia in exigendo wäre es zu bezeichnen, daß der Gläubiger mit actio nata gegen den Hauptschuldner vorzugehen unterlassen hat.[2]) Dagegen hat er sofort den Hauptschuldner zu belangen, wenn er eine Gefährdung seines Anspruches durch Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners erwarten kann (Seuffert XI, 24, a. M. 159). Dies ist nach den Besonderheiten des einzelnen Falles zu beurteilen. Eine Fristgewährung seitens des Gläubigers z. B. an und für sich ist ohne Einfluß auf die

---

[1]) RG. 17 S. 239.

[2]) A. M. Girtanner S. 488.

Bürgschaftsverbindlichkeiten.[3]) Dagegen darf der Gläubiger sich auf eine solche nicht einlassen, wenn aus dieser eine Zahlungsunfähigkeit des jetzt noch zahlungsfähigen Schuldners erwachsen könnte (Seuffert VIII Nr. 35 und 37).

Wenn also der Gläubiger sichere Kunde von dem bevorstehenden Vermögensverfall des Schuldners hat und ihn trotzdem nicht belangt, so wird der Bürge aus dieser neglegentia in exigendo befreit. Muß aber der Gläubiger jederzeit nach solchen Gefährdungen seines Anspruches Nachforschungen anstellen?

Einem fidejussor indemnitatis gegenüber wird man diese Frage bejahen müssen;[4]) denn dieser hat seine Haftung abgeschwächt, indem er die Sorgfalt des Gläubigers zur Erlangung seiner Befriedigung vom Schuldner gesteigert hat. Der Gläubiger ist ihm gegenüber kraft besonderer Übereinkunft verpflichtet, alles zu tun, was von seiner Seite geschehen kann, um vom Schuldner Befriedigung zu erlangen bezw. sich zu sichern. Befriedigung wird er aber am sichersten dadurch erlangen, daß er den Schuldner überwacht.

Anders bei der gewöhnlichen Bürgschaft. Der Gläubiger nimmt den Bürgen zu seiner Beruhigung, zu seiner Sicherheit an, um gegen die Gefahr der Nichtbefriedigung gesichert zu sein. Dem würde es widersprechen, wenn er durch Annahme des Bürgen eine noch größere Sorgfalt zur Bewachung des Schuldner auferlegt erhalten sollte. Der Vorteil aus der Annahme des Bürgen wäre damit illusorisch geworden. Das valere recipere der Novelle 4 ist daher zur Bedeutung einzuschränken „durch Geltendmachung des Anspruches erhalten zu können“.

Besteht für die Schuld ein Pfandrecht oder ein sonstiges

---

[3]) Vangerow § 578 Ziffer 4a f.

[4]) Hasenbalg S. 567 Anm. 16.

Sicherungsrecht, so kann in der Aufgabe desselben durch den Gläubiger eine Verletzung der Rechte des Bürgen so lange nicht gefunden werden, als dadurch die Befriedigung durch den Schuldner nicht in Frage gestellt ist; untergräbt sich damit aber der Gläubiger selbst die Verwertung seines Anspruches, weil dies vorauszusehen war, so wird darin ein Verstoß gegen die Diligenzpflicht zu finden sein.

Die Behandlung gerade des Pfandrechts wird in Novelle 4 Kapitel 2 dahin modifiziert, daß das Pfand noch im Besitze des Gläubigers oder Schuldners sein muß, weil sonst der dritte Pfandbesitzer den Gläubiger an den Bürgen verweisen kann.

§ 22.

c) Provocatio ex lege si contendat.

In der Tendenz, den Bürgen vor einer Gefährdung seiner Rechtswohltaten zu schützen und den Gläubiger zur Erfüllung seiner Diligenzpflicht anzuhalten, hat das Recht der Glossatoren in der sogen. provocatio ex lege si contendat[1]) ein Rechtsmittel für den Bürgen geschaffen, das zwar nicht der Bürgschaft eigentümlich ist, aber doch in dem angeführten Falle seine Hauptbedeutung hat. Paulus sagt in fr. 28 Dig. h. t.:

Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam.

Aus dem etiam exceptionem schloß die Glosse, daß der Bürge auch eine actio haben solle. Für die Bürgschaft bedeutet dies, daß der Bürge, dessen Mitbürgen durch Zögerung des Gläubigers mit der Ausklagung derselben zahlungsunfähig zu werden drohen, vom Gläubiger verlangen kann, daß dieser gegen den provozierenden Bürgen vorgehe, damit die exceptio

---

[1]) Arndts § 567 Ziffer 8; Puchta § 405 a. E. u. Anm. 8; Dernburg, Pandekten § 134 Anm. 5; Baron § 260 a. E.

divisionis noch praktischen Wert habe. Diesem Verlangen muß der Gläuber nachkommen, sonst kann der Bürge auch noch später das beneficium divisionis für sich heranziehen. Auch zur Erhaltung der anderen Rechtswohltaten gab man dem Bürgen entsprechende Provokationen,[2]) insbesondere für den Fall, daß der Gläubiger ein sonstiges Sicherungsrecht zu verlieren drohte. Hieraus würde sich ebenfalls eine Diligenzpflicht des Gläubigers hinsichtlich seiner Ansprüche gegen die Mitbürgen ergeben; denn der Bürge kann hierdurch den Gläubiger zwingen, gegen die zur Zeit noch zahlungsfähigen Mitbürgen vorzugehen, wenn deren Zahlungsunfähigkeit einzutreten droht.

Diese Interpretation ist aber falsch. Die Gesetzesstelle spricht nur von der exceptio divisionis und besagt nur, daß der Bürge durch die von ihm zu beweisende Behauptung der Zahlungsfähigkeit seiner Mitbürgen seine Haftung einredeweise auf den Teilbetrag beschränken kann. Deshalb fehlt diese provocatio auch dem neueren gemeinen Recht.

§ 23.

2. Deutsches und partikulares Recht.

Das preußische allgemeine Landrecht und der Code civil legen dem Gläubiger ausdrücklich eine Diligenzpflicht auf. Ersteres bestimmt, daß der Gläubiger bei der Verfolgung seines Anspruches gegen den Schuldner Sorgfalt anzuwenden habe; er hat hierbei aber nur ein grobes Versehen — nach I, 3 § 18 ein solches, welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden könnte — zu vertreten (I, 14 § 328). Einen aus geheimen Abkommen des Gläubigers mit dem Schuldner

---

[2]) Dernburg § 81 Anm. 10 S. 86ff.

entsprungenen Schaden hat der Gläubiger dem Bürgen zu ersetzen (§ 329 eodem). Dem Deutschen Reiche folgend,[1]) bestimmt es, daß der Gläubiger eine ihm außer der Bürgschaft für die Forderung bestellte Sicherheit ohne Genehmigung des Bürgen nicht aufgeben darf, sofern er nicht nachweist, daß der Bürge dadurch nicht verkürzt ist (§§ 331, 333). Der § 304 legt dem Gläubiger die Pflicht auf, seinen Anspruch gegen den Schuldner im Konkurse desselben geltend zu machen.

Die Frage, ob dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner noch weiteren Aufschub gibt, der Bürge verpflichtet bleibt oder nicht, ist im Rechte des Mittelalters verschieden beantwortet worden.[2]) Den Rechten, die die Befreiung des Bürgen für diesen Fall aussprechen, ist das preußische Recht in folgender Bestimmung gefolgt:

Hat sich der Bürge für ein Darlehn nur auf gewisse Zeit verbürgt, so ist der Gläubiger verpflichtet, den Hauptschuldner bis spätestens am 3. Tage zu belangen, sonst erlischt die Verbindlichkeit des Bürgen (§ 320). Hierbei versteht es sich von selbst, daß die Schuld zu der fraglichen Zeit fällig ist oder fällig gemacht werden kann; in letzterem Falle ist der Gläubiger verpflichtet, rechtzeitig zu kündigen, um die Fälligkeit zur Endzeit der Bürgschaft vorzubereiten.[3])

Das Gesetz erkennt sogar eine Verpflichtung des Gläubigers an, auf deren Erfüllung der Bürge klagen kann. Nach § 316 muß nämlich der Gläubiger, wenn sich der Bürge für eine an einem bestimmten Tage zahlbare Schuld ohne Bestimmung der Dauer seiner Verpflichtung verbürgt

---

[1]) Stobbe, Vertragsrecht S. 130.

[2]) Stobbe, Vertragsrecht S. 137.

[3]) Förster-Eccius II S. 385 Anm. 73.

hat, die Schuld sofort oder binnen einer vom Gericht gestellten Frist (§ 324) einklagen oder den Bürgen seiner Haftung entlassen. Hierzu kann ihn der Bürge „anhalten“ d. h. er kann hierauf klagen.[4])

Nach art. 2037 des Code civil hört der Bürge auf verpflichtet zu sein, wenn der Gläubiger durch seine Handlungen verursacht hat, daß der Bürge nicht in alle mit der Forderung verbundenen Rechte, z. B. nicht in die Vorzugs- und Unterpfandsrechte des Gläubigers eintreten kann. (Ausnahmen als selbstverständlich zugelassen.)

Hierzu bemerkt Zachariae-Crome (§ 408 Anm. 2): Das Prinzip dieses Artikels ist nicht aus § 1382 — dem allgemeinen Schadensersatzanspruche — zu konstruieren, sondern beruht auf der Natur des Bürgschaftsvertrages, der in dieser Beziehung einen gegenseitigen Charakter hat. Der Bürge kontrahiert unter der stillschweigenden Bedingung des Erwerbs jener Sicherheiten, wenn er der begrifflichen Reihenfolge zuwider vor denselben in Anspruch genommen werden sollte.[5])

3. Bürgerliches Recht.

§ 24.

a) Besondere Diligenzpflicht.

Für das heutige Reichsrecht ist davon auszugehen, daß durch vertragsmäßige Vereinbarung dem Gläubiger eine Diligenzpflicht bezüglich seines Anspruches gegen den Hauptschuldner in geringerem oder weiterem Maße auferlegt werden kann. Ist dies geschehen, so hat der Gläubiger nach den allgemeinen Grundsätzen den durch schuldhafte Verletzung

---

[4]) Rehbein-Reincke II S. 141, 123.

[5]) Ebenso RG. III S. 349.

dieser Pflicht entstandenen Schaden zu tragen; er wird insbesondere den Bürgen so weit nicht heranziehen können, als er einen Ausfall bei dem Hauptschuldner selbst verschuldet hat, er wird den Bürgen, der im Regreß mit dem auf ihn übergegangenen Anspruch gegen den Hauptschuldner vorgeht, für den Schaden aufkommen müssen, der sich aus einer Nachlässigkeit bezüglich des Anspruches ergibt. Am häufigsten wird eine solche vertragsmäßige Verpflichtung zur Diligenz bei der Schadlosbürgschaft vorkommen.

Da der Kreditauftrag nach heutigem Rechte Auftrag ist und bleibt, ergibt sich eine Diligenzpflicht des Gläubigers aus seiner Auftragsnatur. Der Beauftragte hat bei Ausübung seines Auftrages, insbesondere bei der Beitreibung der Forderung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Der Gläubiger haftet also dem Kreditauftraggeber für jeden innerhalb des Vertragsverhältnisses auch schon durch leichtes Verschulden zugefügten Schaden, er darf dessen Risiko nicht vergrößern; er steht nicht nur für jeden durch seine Nachlässigkeit herbeigeführten Verlust des Anspruches gegen den Dritten, sondern auch für jede tatsächliche Entwertung der Obligation ein. Die gleiche Diligenzpflicht hat er zu beobachten bei der Anmeldung seiner Forderung im Konkurse des Dritten, bei den Stundungen, die er ihm gewährt, bei seiner Ausklagung und Vornahme der Zwangsvollstreckung gegen ihn.[1]) Läßt es der Beauftragte an der rechten Diligenz fehlen, so kann ihm der Auftraggeber den Auftrag kündigen oder widerrufen (§ 671).

Solche Pflichten des Gläubigers lassen sich für die Bürgschaft nicht ohne weiteres konstruieren. Die unbeschränkte Diligenzpflicht ist ein zweischneidiges Schwert. Sie bringt dem Bürgen Vorteile und belästigt den Gläubiger, indem sie

---

[1]) Bendix im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 20 S. 164.

ihm das Recht nimmt, dem Hauptschuldner gegenüber Geduld und Nachsicht zu zeigen. Darum hat das Bürgerliche Gesetzbuch einen kasuistisch formulierten Mittelweg eingeschlagen, indem es die Frage, inwieweit dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber eine Diligenzpflicht obliege, im allgemeinen verneinend beantwortet und nur die in den §§ 776 und 777 genau begrenzte besondere Diligenzpflicht kennt.[2]) § 776 bestimmt:

> Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz verlangen können. Das gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist.

Diese Bestimmung trägt einen durchaus positiven Charakter. Es ist in keiner Weise im Gesetz angedeutet, daß sie als Ausdruck eines allgemeinen Prinzipes gemeint ist und auf andere ähnliche Fälle angewendet werden soll. Es ist darin nur von der Aufgabe eines Vorzugsrechtes, einer Hypothek, eines Pfandrechtes und des Rechtes gegen einen Mitbürgen die Rede, wobei es gleichgültig bleibt, ob das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist, oder schon vorher bestanden hat. Der Bürge kann also nicht verlangen, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner unverzüglich vorgehe, wenn dieser in Vermögensverfall gerät, oder daß der Gläubiger seine Forderung im Konkurse des Hauptschuldners anmelde;[3]) er wird ihn für

---

[2]) Eck S. 572.

[3]) Planck und Neumann zu § 776.

die bloße Gewährung einer Nachfrist nicht verantwortlich machen können derart, daß er von seiner Haftung frei wird, oder einen Anspruch auf Schadensersatz erlangt, wenn der Hauptschuldner während der Frist zahlungsunfähig wird. Eine Ausnahme hiervon ist nicht einmal für den Fall des unentschuldbaren Ausnahmeverzuges des Gläubigers zu machen. Ein dahingehender Antrag war damit begründet, daß der Gläubiger doch mindestens eine gewisse Rücksicht auf den Bürgen nehmen müsse, und daß es die mindeste Rücksicht sei, daß er nicht die vom Hauptschuldner angebotene Leistung zurückweise, um sich an den Bürgen zu halten. Der Fall, für den die Bürgschaft übernommen sei, liege so lange nicht vor, als die angebotene Leistung vom Gläubiger nicht angenommen werde. Dieser Antrag ist aber als anomal abgelehnt worden. Und dies mit Recht; denn die Annahmeverweigerung geschieht in den wenigsten Fällen aus Schikane, und es ist nicht einzusehen, weshalb der Bürge durch den Annahmeverzug des Gläubigers befreit werden soll, während der Hauptschuldner nicht befreit wird. Dieser Argumentierung der Protokolle (II S. 2539, 2540) hat sich bisher nur Dernburg (II § 290 Anm. 9) verschlossen.

Die Folge der Verletzung dieser Gläubigerpflicht ist nicht etwa ein allgemeines Kündigungsrecht des Bürgen, dieser ist auch nicht etwa nur auf eine Einrede beschränkt, er wird vielmehr frei, so daß er, wenn sich hinterher, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, bei Geltendmachung seines Regresses ein Verlust infolge jener Rechtsverminderung herausgestellt, den Betrag desselben vom Gläubiger nach §§ 812 ff. kondizieren kann.[4])

Ebenso bestimmt ist der § 777 gefaßt. Bei der Bürgschaft auf bestimmte Zeit hat der Gläubiger die Verpflichtung,

---

[4]) Kuhlenbeck, BGB. § 776.

die Einziehung der Forderung unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Zögerung zu betreiben. Hierzu gehört, wenn die Forderung zurzeit noch nicht fällig ist, die Pflicht zur Herbeiführung der Fälligkeit.[5])

Der Gläubiger hat das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Versäumt der Gläubiger eine dieser Verpflichtungen, so wird der Bürge frei; erfüllt er sie, so bleibt der Bürge verhaftet; und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit zur Zeit der Anzeige durch den Gläubiger hat.

Daraus folgt, daß im übrigen der Gläubiger diese Verpflichtung nicht hat. Die Verpflichtung des selbstschuldnerischen Bürgen ist ja fällig mit der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit. Der Bürge kann nunmehr der Haftung ein Ziel setzen durch Erfüllung. Der gewöhnliche Bürge hat zwar den Einwand, daß erst dann gegen ihn vorgegangen werden kann, wenn gegen den Hauptschuldner vergeblich vorgegangen ist; aber eine Verpflichtung, in bestimmter Zeit gegen diesen vorzugehen, hat der Gläubiger nicht, außer in dem Falle der Verbürgung auf bestimmte Zeit. Das geht aus § 777 per argumentum e contrario deutlich hervor. Daraus folgt weiter, daß, wie schon oben gesagt, der Gläubiger dem Schuldner durch Rechtsgeschäft Nachsicht gewähren darf, ohne dadurch seine Rechte aus der Bürgschaft zu verlieren.

§ 25.

b) Keine allgemeine Diligenzpflicht.

Für den Gläubiger eine über die Bestimmungen der §§ 776 und 777 hinausgehende allgemeine Diligenzpflicht zu

[5]) Cosack S. 568.

konstruieren, fehlt jeder Anhalt. Eine dahingehende gesetzliche Bestimmung ist nicht vorhanden; die für besondere Fälle normierten §§ 776 und 777 lassen ihrer bestimmten Fassung wegen eine Ausdehnung auf das ganze Bürgschaftsverhältnis nicht zu. Zu beachten ist aber, daß auch das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen den Grundsätzen von Treu und Glauben untersteht, daß er daher, auch abgesehen von §§ 157, 242 in Verbindung mit § 774 dem Bürgen für arglistige Schädigung des Rückgriffsrechtes desselben haftet. Ebenso liegt die Sache, wenn der Gläubiger gegen Treu und Glauben ohne Arglist verstieße, z. B. durch Wucher oder Spiel dem Schuldner die Mittel zur Bezahlung abnehme und sodann das Darlehen vom Bürgen verlangte. Insoweit kann man vielleicht von einer gewissen allgemeinen Diligenzpflicht sprechen, die aber nicht nur für das Bürgschaftsrecht im besonderen, sondern in gleicher Weise für alle Schuldverhältnisse nach bürgerlichem Recht besteht.

Der Gläubiger erlangt durch die Bürgschaft von vornherein an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen.[1]) Dies gilt auch dann, wenn die Hauptschuld auf einem gegenseitigen Vertrage beruht. Allerdings liegen in diesem Falle dem Gläubiger Pflichten ob, aber nicht gegenüber dem Bürgen, sondern nur gegenüber dem Hauptschuldner. Der Bürge kann demgemäß auf Erfüllung dieser Pflichten nicht positiv klagen, sondern nur negativ, solange die Gläubigerpflichten unerfüllt sind, auch die Erfüllung der Bürgenpflichten verweigern.[2]) Es kann schon hiernach von einer wirklichen Diligenzpflicht nicht die Rede sein. So kommt denn auch der § 776 dem Bürgen auch dann zustatten, wenn in der

---

[1]) vgl. oben S. 42.

[2]) Cosack S. 570.

Aufgabe der bezeichneten Nebenrechte durch den Gläubiger weder Arglist noch ein Verschulden liegt.

Auch aus den beiden Rechtswohltaten des Bürgen, der Vorausklage und des Eintritts in die Rechte des Gläubigers, läßt sich eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht herleiten.

Der Rechtsbehelf der Vorausklage nötigt den Gläubiger nur, zunächst den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen und die Rechtsverfolgung fortzusetzen, bis dessen Leistungsunvermögen feststeht; dann ist der Rechtsbehelf erledigt, gleichviel, ob der Gläubiger vom Schuldner seine Befriedigung erlangt haben würde, wenn er zu diesem Zwecke die Sorgfalt eines guten Hausvaters angewendet hätte. Aus der Tatsache, daß die Hauptforderung auf den Bürgen übergeht, wenn er den Bürgen befriedigt, folgt nicht, daß der Gläubiger verpflichtet ist, diese Forderung dem Bürgen zu erhalten. Wenn auch diesem Legalübergang die Rechtsvermutung zugrunde liegt, daß der Bürge bei Befriedigung des Gläubigers die Absicht habe, die Forderung gegen den Hauptschuldner zu erwerben,[3]) so wird dadurch die Bürgschaft doch nicht derartig synallagmatisch, daß man hier von einer „Leistung" des Gläubigers sprechen könnte, auf die der § 242 anzuwenden wäre.

Ein Bedürfnis für eine allgemeine Diligenzpflicht besteht heute nicht mehr, da der § 774 dem Bürgen genügend Schutz bietet, sich gegen einen ihm durch Nachlässigkeit des Gläubigers drohenden Schaden zu sichern. Er kann den Gläubiger befriedigen und dann gegen den Schuldner vorgehen.

[3]) vgl. oben S. 14.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Otto Westphal, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit, wurde am 16. Dezember 1879 in Striegau als Sohn des jetzigen Landgerichtspräsidenten Otto Westphal geboren. Ich besuchte das städt. Progymnasium zu Striegau, die Kgl. Ritterakademie zu Liegnitz und das Kgl. kath. Gymnasium zu Oppeln. Dieses verlies ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife. Ich studierte Rechtswissenschaft auf den Universitäten Freiburg i. B. (Sommer-Semester 1899) und Breslau und hörte die Vorlesungen und Übungen folgender Rechtslehrer:

Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Gretener, Jörs, Kleineidam, Leonhard, Naendrup, Rümelin, Richard Schmidt, Schott, Schücking.

Am 20. November 1902 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und war sodann als Referendar tätig bei dem Amtsgericht Sprottau, Landgericht Breslau, Staatsanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft Cöln. Z. Z. bin ich beim Amtsgericht Beuthen OSchl. beschäftigt.

Am 28. November bestand ich das Rigorosum.